



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 1, 1982 Vol. 1**

**1<sup>er</sup> cahier, 1982 Vol. 1**

Published by  
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief  
ANNE ROLAND, B.A., L.L.L.

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELE BEAULIEU  
VICTORIA MASON

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Hull, Quebec, Canada, K1A 0S9, together with the old address.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1981.

## CONTENTS

### **B.C. Family Relations Act, Re: ..... 62**

Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Family law — Guardianship of person of the child — Custody and access — Occupancy rights of family residence — Non-entry orders — Whether or not provincial legislation granting provincial court jurisdiction *ultra vires* under s. 96 of the B.N.A. Act — British North America Act, R.S.C. 1970, Appendix II, s. 96 — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 6(1)(a), (b), (d), (e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79.

### **Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co. Ltd. et al. .... 164**

Insurance — Indemnification — Terms of contract — Whether or not terms met.

Insurance — Evidence — Exclusion clause — Onus on insurer — Balance of probabilities.

### **Harper v. The Queen ..... 2**

Criminal law — Duty of an appellate tribunal — Charge of assault causing bodily harm — Trial judge failing to consider evidence of four witnesses — Whether the trial judge overlooked evidence bearing on the relevant issue — New trial ordered.

### **Jacobs et al. v. Agricultural Stabilization Board ..... 125**

Administrative law — Jurisdiction — Agricultural Stabilization Board — Stabilization subsidies — Apple producers — Whether the Board had authority to fix top and bottom limits on quantities for the subsidy payments — Agricultural Stabilization Act, R.S.C. 1970, c. A-9, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 63, ss. 2(1), 2(2), 4(5), 7, 8, 8.1, 8.2, 9, 10, 11 — Apple Stabilization Regulations, SOR/76-518, ss. 4, 5, 6.

*Continued on next page*

Publié par  
BERNARD C. HOFLEY, c.r.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtière en chef  
ANNE ROLAND, B.A., L.L.L.

Arrêtières  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELE BEAULIEU  
VICTORIA MASON

*Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada. Approvisionnement et Services Canada, Hull, Québec, Canada K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.*

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1981.

## SOMMAIRE

### **Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co. Ltd. et autre ..... 164**

Assurance — Indemnisation — Clauses d'un contrat — Ces clauses ont-elles été respectées?

Assurance — Preuve — Clause d'exclusion — Le fardeau de la preuve incombe à l'assureur — Prépondérance des probabilités.

### **Family Relations Act (C.-B.), Renvoi: ..... 62**

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Droit de la famille — Tutelle à la personne d'un enfant — Garde et droit de visite — Droit d'occupation de la résidence familiale — Ordonnances de ne pas entrer — Une loi provinciale attributive de compétence à la cour provinciale est-elle *ultra vires* en vertu de l'art. 96 de l'A.A.N.B.? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 96 — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 6(1)(a), (b), (d), (e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79.

### **Harper c. La Reine ..... 2**

Droit criminel — Rôle d'un tribunal d'appel — Accusation de voies de fait causant des lésions corporelles — Le juge du procès a omis de tenir compte des dépositions de quatre témoins — Le juge du procès a-t-il négligé de prendre en considération des témoignages se rapportant à la question pertinente? — Nouveau procès ordonné.

### **Jacobs et autres c. Office de stabilisation des prix agricoles ..... 125**

Droit administratif — Compétence — Office de stabilisation des prix agricoles — Subventions de stabilisation — Producteurs de pommes — L'Office a-t-il le pouvoir de fixer des limites maximales et minimales aux quantités ouvrant droit à la subvention? — Loi sur la stabilisation des prix agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-9, modifiée par 1974-75-76 (Can.), chap. 63, art. 2(1), 2(2), 4(5), 7, 8, 8.1, 8.2, 9, 10, 11 — Règlement sur la stabilisation du prix des pommes, DORS/76-518, art. 4, 5, 6.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

|   |     |
|---|-----|
| <b>Korponay v. Attorney General of Canada</b> .....   | 41  |
| Criminal Law — Trial — Election by accused for a trial by judge and jury — Re-election for trial by judge alone — Whether failure to comply with re-election procedure depriving court of jurisdiction — Whether an accused may waive compliance with the procedural requirements of s. 492 of the Criminal Code — Whether the accused did waive them — Waiver must be clear and unequivocal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 492.                                   |     |
| Criminal law — Possession of heroin for the purpose of trafficking — Non-compliance of trial judge with s. 8 procedure of the Narcotic Control Act — Error of law — No waiver — Non-applicability of s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code — New trial ordered — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).   |     |
| <b>Langille et al. v. Toronto-Dominion Bank</b> .....   | 34  |
| Bankruptcy — Petition in bankruptcy — Petition for the appointment of an interim receiver — Whether partnership considered “individuals” engaged solely in farming — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 25, 28, 30.  |     |
| <b>Lucier v. The Queen</b> .....  | 28  |
| Criminal law — Evidence — Statements against penal interest — Hearsay — Exception to the hearsay rule — Whether such statements having an inculpatory effect on the accused admissible.   |     |
| <b>Minister of Finance of New Brunswick et al. v. Simpsons-Sears Ltd.</b> .....   | 144 |
| Constitutional law — Taxation — Provincial sales tax — Free distribution of catalogues — Ultimate consumer for tax purposes — Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, ss. 4, 5, 7, 8, 11.2 — British North America Act, 1867, s. 92(2).  |     |
| <b>Moore v. Johnson et al.</b> .....  | 115 |
| Constitutional law — Newfoundland Terms of Union — Continuing pre-Confederation Newfoundland legislation in federal sphere — Federal regulation in force — Prosecution pursuant to provincial Act — Whether or not provincial Act made ineffective by federal legislation — British North America Act, 1949, R.S.C. 1970, Appendix II, Terms 3, 18(1),(2) — The Seal Fishery Act, R.S.Nfld. 1970, c. 347, s. 15 — Seal Protection Regulations, SOR/66-235, as amended, s. 24. |     |
| <b>Sterner v. Vander Kracht</b> .....   | 173 |
| Criminal law — Probation order violation — Deputy Clerk and not the presiding judge explained ss. 664(4) and 666 of the Code to accused — Whether s. 663(4)(c) was properly complied with — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 663(4).   |     |
| <b>Sterner et al. v. The Queen</b> .....  | 172 |
| Criminal law — Appeals — Questions of fact — No reversible error on part of trial judge.  |     |

## SOMMAIRE (Fin)

|  |     |
|--|-----|
| <b>Korponay c. Procureur général du Canada</b> .....   | 41  |
| Droit criminel — Procès — Choix par l'accusé d'être jugé par un juge et un jury — Nouveau choix pour un procès devant un juge sans jury — L'omission de se conformer à la procédure relative au nouveau choix prive-t-elle la cour de sa compétence? — L'accusé peut-il renoncer à ce que soient respectées les règles de procédure de l'art. 492 du Code criminel? — L'accusé y a-t-il renoncé? La renonciation doit être claire et non équivoque — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 492.   |     |
| Droit criminel — Possession d'héroïne pour en faire le trafic — Le juge du procès n'a pas suivi la procédure établie par l'art. 8 de la Loi sur les stupéfiants — Erreur de droit — Absence de renonciation — Non-applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel — Ordonnance portant nouveau procès — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 8 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(b)(iii).   |     |
| <b>Langille et autre c. Banque Toronto-Dominion</b> .....  | 34  |
| Faillite — Pétition en faillite — Requête pour la nomination d'un séquestre intérimaire — La société en nom collectif est-elle «des particuliers» s'occupant exclusivement d'agriculture? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2, 25, 28, 30.   |     |
| <b>Lucier c. La Reine</b> .....  | 28  |
| Droit criminel — Preuve — Déclarations contraires à l'intérêt pénal — Ouï-dire — Exception à la règle du ouï-dire — Ces déclarations qui ont pour effet d'inculper l'accusé sont-elles recevables?   |     |
| <b>Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick et autre c. Simpsons-Sears Ltée</b> .....  | 144 |
| Droit constitutionnel — Droit fiscal — Taxe de vente provinciale — Distribution gratuite de catalogues — Dernier consommateur aux fins de la taxation — Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, chap. S-10, art. 4, 5, 7, 8, 11.2 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(2).  |     |
| <b>Moore c. Johnson et autres</b> .....  | 115 |
| Droit constitutionnel — Conditions de l'Union de Terre-Neuve — Subsistance d'une loi de Terre-Neuve antérieure à la Confédération dans un domaine de compétence fédérale — Règlement fédéral en vigueur — Poursuite en vertu de la Loi provinciale — La loi fédérale a-t-elle privé d'effet la loi provinciale? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949, S.R.C. 1970, Appendice II, clauses 3, 18(1),(2) — The Seal Fishery Act, R.S.Nfld. 1970, chap. 347, art. 15 — Règlement sur la protection des phoques, DORS/66-235, modifié, art. 24. |     |
| <b>Sterner c. Vander Kracht</b> .....  | 173 |
| Droit criminel — Violation d'une ordonnance de probation — Le greffier adjoint, et non le juge qui préside, a expliqué à l'accusé les art. 664(4) et 666 du Code — L'alinéa 663(4)c) a-t-il été observé? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 663(4).  |     |
| <b>Sterner et autre c. La Reine</b> .....  | 172 |
| Droit criminel — Appels — Questions de fait — Le juge du procès n'a commis aucune erreur donnant lieu à cassation.   |     |

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 1, 1982**

**1<sup>er</sup> volume, 1982**

**Lorne James Harper** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 16137.

1981: May 21; 1982: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Duty of an appellate tribunal — Charge of assault causing bodily harm — Trial judge failing to consider evidence of four witnesses — Whether the trial judge overlooked evidence bearing on the relevant issue — New trial ordered.*

An incident that occurred during appellant police officer's arrest of a youth for drunkenness led to his being charged and convicted of assault causing bodily harm. The trial judge did not take into account the evidence of four witnesses who did not, in his opinion, observe the events at the moment the appellant was alleged to have hit the youth. The question is whether, by eliminating this evidence, the trial judge has so misdirected himself as to the relevant evidence that the conviction cannot stand.

*Held* (Ritchie J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ.: An appellate tribunal has neither the duty nor the right to reassess evidence at trial for the purpose of determining guilt or innocence. Its duty, however, includes a review of the record below to determine whether the trial court has properly directed itself to all the evidence bearing on the relevant issues. Where the record discloses a lack of appreciation of relevant evidence, the reviewing tribunal must intercede. In the present case, a review of the record showed that the trial judge failed entirely to consider all the evidence bearing on the time period which he himself found to be vital. A new trial is ordered.

*Per* Ritchie J., *dissenting*: Only in the rarest cases will the Court accept the responsibility, as a second court of appeal, of reversing findings of fact based upon the trial judge's assessment of the credibility of the witnesses. Here, none of the four witnesses purported to have

**Lorne James Harper** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 16137.

1981: 21 mai; 1982: 26 janvier.

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

<sup>b</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Rôle d'un tribunal d'appel — Accusation de voies de fait causant des lésions corporelles — Le juge du procès a omis de tenir compte des dépositions de quatre témoins — Le juge du procès a-t-il négligé de prendre en considération des témoignages se rapportant à la question pertinente? — Nouveau procès ordonné.*

<sup>d</sup> Par suite d'un incident survenu alors qu'il arrêtaient un jeune homme pour ivresse, le policier appelant a été accusé et déclaré coupable de voies de fait causant des lésions corporelles. Le juge du procès n'a pas tenu compte des dépositions de quatre témoins qui, selon lui, n'observaient pas les événements au moment où l'appelant aurait frappé le jeune homme. La question est de savoir si, en écartant ces dépositions, le juge du procès a commis, quant à la preuve pertinente, une erreur à ce point grave qu'il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité.

*Arrêt* (le juge Ritchie est dissident): Le pourvoi est accueilli.

<sup>e</sup> *Les juges* Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Lamer: Un tribunal d'appel n'a ni le devoir ni le droit d'apprécier à nouveau les preuves produites au procès afin de décider de la culpabilité ou de l'innocence. Il lui incombe toutefois d'étudier le dossier du procès pour déterminer si la cour a bien tenu compte de l'ensemble de la preuve se rapportant aux questions litigieuses. S'il se dégage du dossier qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinentes, le tribunal chargé de la révision doit alors intervenir. En l'espèce, il ressort d'un examen du dossier que le juge du procès a complètement omis de tenir compte de toute la preuve se rapportant à la période qu'il a lui-même estimée vitale. Un nouveau procès est ordonné.

<sup>f</sup> *Le juge* Ritchie, *dissident*: La Cour, en sa qualité de seconde cour d'appel, n'acceptera que dans des cas rarissimes la responsabilité d'infirmier des conclusions de fait fondées sur l'appréciation de la crédibilité des témoins qu'a faite le juge du procès. En l'espèce, aucun

observed the actions during the vital period. They could assert that they saw appellant deliver no blows but were unable to say that no blows had been delivered at the time complained of. Furthermore, appeals brought pursuant to s. 618(1)(b) of the *Criminal Code* are limited to questions of law; questions concerning a difference of opinion as to the sufficiency of evidence are not included in that section.

[*MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665; *Ungaro v. The King*, [1950] S.C.R. 430, considered.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia dismissing the appellant's appeal from his conviction on a charge of assault causing bodily harm. Appeal allowed, Ritchie J. dissenting.

*D. Owen-Flood and Mel Hunt*, for the appellant.

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

The judgment of Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ. was delivered by

ESTEY J.—I have had the opportunity of reading the judgment herein of my colleague, Ritchie J., and for reasons which I shall now advance I must, with all respect, come to the opposite conclusion; that is I would allow the appeal and direct a new trial. Because in my view a new trial should be the result of this appeal I will confine my observations to the two grounds which, in my respectful view, direct this disposition. Firstly, the learned trial judge failed entirely to take into account all the evidence which bore on the time period which the trial court found to be vital in this proceeding, and secondly, the proceedings at trial and on appeal have been completed without any reference to s. 25 of the *Criminal Code* which deals with the protection afforded by law of a peace officer such as the accused when acting "on reasonable and probable grounds" providing that in so doing such a person uses "as much force as is necessary".

des quatre témoins n'a prétendu avoir vu les actions pendant la période vitale. Ils ont pu affirmer qu'ils n'avaient pas vu l'appelant donner de coups de poing, mais n'ont pu dire qu'aucun coup n'avait été donné au moment visé par la plainte. De plus, les pourvois fondés sur l'al. 618(1)b) du *Code criminel* se limitent aux questions de droit; cet alinéa ne s'applique pas aux questions nées d'une différence d'opinion quant au caractère suffisant de la preuve.

[Jurisprudence: arrêts examinés: *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665; *Ungaro c. Le Roi*, [1950] R.C.S. 430.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté l'appel formé par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité sur une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Pourvoi accueilli, le juge Ritchie est dissident.

*D. Owen-Flood et Mel Hunt*, pour l'appelant.

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

Version française du jugement des juges Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Lamer rendu par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'occasion de lire les motifs que mon collègue le juge Ritchie a rédigés en l'espèce et, pour les motifs que j'expose ci-après, je dois, avec égards, en arriver à la conclusion contraire; savoir, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès. Étant d'avis qu'un nouveau procès doit découler de ce pourvoi, je limite mes observations aux deux moyens qui, j'estime respectueusement, nous amènent à cette conclusion. En premier lieu, le savant juge du procès a complètement omis de tenir compte de toute la preuve se rapportant à la période qu'il a estimé vitale en l'espèce et, en second lieu, les procédures au procès et en appel se sont déroulées sans qu'on ait fait mention de l'art. 25 du *Code criminel* qui porte sur la protection accordée par la loi à un agent de la paix tel l'accusé lorsqu'il agit en s'appuyant «sur des motifs raisonnables et probables», pourvu qu'en le faisant il emploie «la force nécessaire».

I turn to the first ground. The learned trial judge, in his oral reasons, found that:

... the events immediately prior to that moment in time [that is the arrival of the second officer] are the significant events. What happened after that does not directly relate to the matter in issue.

The court then proceeded to examine the evidence, stating:

Considering those events, that is to say from the moment when Cst. Harper first spoke with Mr. Higginson up to the point when he, Cst. Harper and Cst. Ellis saw the missing tooth and the blood, I look at the evidence of the other witnesses and I have had an opportunity to go carefully through all of my notes, which I took in some detail, and I find that no other witness observed the events prior to the second officer appearing on the scene.

There were, as we shall see, four witnesses other than the informant, Higginson, and the Crown witness, Lindhout. The evidence of these witnesses was expressly not taken into account in the judgment process not because of rejection on the grounds of credibility but apparently because the learned judge had concluded that none of those four witnesses "observed the events prior to the second officer appearing on the scene". The judgment at trial then concluded:

So that none of them are of any assistance with regard to that exchange and it is clear that the injuries of which Mr. Higginson complains specially, that is, the injuries to his eye, his cheek and his tooth and mouth, took place prior to the second officer appearing. [My emphasis.]

Earlier in the judgment the trial judge specifically excluded the evidence of one witness, Mr. Dhaliwal, who clearly testified only to the events occurring after the second officer had arrived "which narrows us down to Miss Lindhout and Mr. Higginson". The question therefore is whether, by thus eliminating the evidence of the other four witnesses in this fashion, the trial judge has so misdirected himself as to the relevant evidence that the conviction cannot stand.

J'en viens au premier moyen. Le savant juge du procès, dans ses motifs oraux, a conclu que:

[TRADUCTION] ... ce sont les événements qui se sont déroulés immédiatement avant ce moment [c'est-à-dire avant l'arrivée du second policier] qui sont importants. Ce qui s'est passé par la suite ne se rapporte pas directement à la question litigieuse.

La cour est alors passée à l'examen de la preuve, déclarant:

[TRADUCTION] Compte tenu de ces événements, c'est-à-dire à partir du moment où le gendarme Harper a commencé à parler avec M. Higginson jusqu'au moment où ce dernier et les gendarmes Harper et Ellis ont remarqué qu'il lui manquait une dent et qu'il était ensanglanté, compte tenu également des dépositions des autres témoins et ayant eu l'occasion d'examiner minutieusement l'ensemble de mes notes détaillées, je conclus qu'aucun autre témoin n'a vu ce qui s'est passé avant l'arrivée du second policier sur les lieux.

Il y avait, comme nous allons le voir, quatre témoins en plus du dénonciateur Higginson et du témoin à charge, Lindhout. On n'a expressément pas tenu compte des dépositions de ces témoins en cours de jugement, et ce, non pas pour des motifs de crédibilité, mais apparemment parce que le savant juge avait conclu qu'aucun de ces quatre témoins n'avait «vu ce qui s'est passé avant l'arrivée du second policier sur les lieux». Le juge du procès a conclu alors:

[TRADUCTION] Alors aucun d'eux ne peut nous éclairer le moindrement sur cet échange et il est évident que M. Higginson a subi les blessures précises dont il se plaint, c'est-à-dire les blessures à l'œil, à la joue, à la dent et à la bouche, avant l'arrivée du second policier. [C'est moi qui souligne.]

Antérieurement dans ses motifs, le juge du procès avait expressément exclu la déposition d'un témoin, M. Dhaliwal, qui de toute évidence n'a témoigné que sur les événements survenus après l'arrivée du second policier, [TRADUCTION] «ce qui nous limite aux seuls témoignages de Mlle Lindhout et de M. Higginson». La question est donc de savoir si, en écartant ainsi les dépositions des quatre autres témoins, le juge du procès a commis, quant à la preuve pertinente, une erreur à ce point grave qu'il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité.

In order to resolve this question it is necessary to set out some of the evidence of the witnesses R. Harris, W. Harris, Jensen and Constable Ellis. First the evidence of R. Harris, called on behalf of the accused, who at the time in question was a passenger in his father's truck in the parking lot adjoining the service station where the events in question took place. In one of the exhibits the position of the witness with reference to the police car driven by the accused is illustrated and no obstruction between the truck and the parked police car is shown, nor is any mentioned in the evidence. The relevant excerpts from the evidence of R. Harris are as follows:

Q. And when you looked around, what did you see?

A. Just the police car there and the two people talking.

Q. There was a police car there and two people talking. Was one of the people talking, was one in uniform?

A. Yes.

Q. What uniform was he in?

A. Police uniform.

Q. And the man that the police officer was talking—could you recognize the police officer if you saw him again in civilian clothes? Could you recognize the policeman if you saw him again from his face?

A. I don't know.

Q. Is the police officer, is he—is there a man in Court with the same face as the police officer? Sitting in Court? Could you look around? Do you know?

A. Well, I know that was one of the police officers.

Q. Who?

A. That man over there.

Q. When you first saw the police car and the police officer in uniform and the man at the service station; how many policemen were there?

A. One.

Q. And you know the man over there was one of the two police officers?

A. He was the first one.

Q. He was the first one?

A. Yes.

Q. And what was that man over there doing with the other man at the service station? When there was only one police officer, what were they doing?

Pour trancher cette question, il est nécessaire d'exposer des extraits des dépositions des témoins R. Harris, W. Harris, Jensen et du gendarme Ellis. Examinons d'abord le témoignage de R. Harris, cité pour l'accusé, qui à l'époque considérée était passager dans le camion de son père qui se trouvait dans un parc de stationnement attenant à la station-service où se sont déroulés les événements en question. Selon une pièce montrant la position du témoin par rapport à la voiture de police conduite par l'accusé, rien n'obstruait la vue entre le camion et la voiture de police stationnée; il n'en est pas question non plus dans les témoignages. Voici les extraits pertinents du témoignage de R. Harris:

[TRADUCTION]

Q. Et quand vous avez regardé, qu'avez-vous vu?

R. Rien que la voiture de police et les deux personnes qui se parlaient.

Q. Il y avait une voiture de police et deux personnes qui se parlaient. L'une de ces personnes portait-elle un uniforme?

R. Oui.

Q. Quelle sorte d'uniforme portait-elle?

R. Un uniforme de police.

Q. Et l'homme à qui l'agent de police parlait—reconnaissez-vous l'agent de police si vous le revoyiez habillé en civil? Reconnaissez-vous le visage du policier si vous le revoyiez?

R. Je ne sais pas.

Q. Le policier est-il—y a-t-il quelqu'un dans la salle d'audience dont le visage ressemble à celui du policier? Présent dans la salle? Voulez-vous regarder? Savez-vous?

R. Bien, je sais que celui-là est un des policiers.

Q. Qui?

R. L'homme là-bas.

Q. Quand vous avez remarqué la voiture de police et le policier en uniforme et l'homme à la station-service, combien y avait-il de policiers?

R. Un.

Q. Et vous savez que l'homme là-bas est un des deux policiers?

R. C'est le premier.

Q. C'est le premier?

R. Oui.

Q. Et cet homme-là, que faisait-il avec l'autre à la station-service? Quand il n'y avait qu'un policier, que faisaient-ils?



A. Sort of just struggling.

Q. The first time you saw them both, what were they doing?

A. It looked like they were just talking like.

Q. Yes. Now, tell us in your own words what you remember seeing, Randy. The first time you saw them, they were just talking. Now, I want you to tell His Honour everything in your own words. Just go on from there? <sup>a</sup>

A. Well, we pulled around the back of the service station, onto the Dog House parking lot and they were starting to just struggle over something. I don't know. And a couple of minutes later another police car pulled up, across the road and into the front of the Shell Station. And then they struggled a little longer and then they both went down with the civilian and when they got back up, they had the handcuffs on him. <sup>b</sup>

Q. And did you see any punches, or blows with fists, being thrown by any of the police officers?

A. No.

Q. Did you see any of the police officers kick this man? <sup>c</sup>

A. No.

Q. When you saw there was—I think, Randy, you used the term “struggle”. Your Honour . . . <sup>d</sup>

THE COURT:

Yes.

MR. OWEN-FLOOD:

Q. When you used the word “struggle”, can you describe the struggle? What sort of struggle was it? <sup>e</sup>

A. Sort of like wrestling.

Q. Wrestling?

A. Sort of like. <sup>f</sup>

Q. Any punching by anybody?

A. No.

Q. Were you interested—did you watch it the whole time, or did you take your eyes off it and look at other things? <sup>g</sup>

A. I was watching it most of the time.

Q. About how far away were you and your dad from the struggle? You know how long a car is, Randy. I presume a car might be as long as this table. I am terrible . . . <sup>h</sup>

R. Ils étaient aux prises en quelque sorte.

Q. Au moment où vous les avez remarqués tous les deux, que faisaient-ils?

R. Il m'a paru qu'ils ne faisaient que se parler.

Q. Oui. Alors, dites-nous en vos propres mots ce que vous vous souvenez d'avoir vu, Randy. Au moment où vous les avez remarqués, ils ne faisaient que se parler. Maintenant, je veux que vous disiez tout à Sa Seigneurie en vos propres mots. Dites ce qui s'est passé par la suite. <sup>i</sup>

R. Bien, nous sommes passés derrière la station-service jusque dans le parc de stationnement du magasin Dog House et ils sont venus aux prises pour une raison quelconque. Je ne sais pas. Et quelques minutes plus tard une autre voiture de police est arrivée de l'autre côté de la rue et est entrée devant la station-service Shell. Et ils ont été aux prises un peu plus longtemps, puis ils sont tous les deux tombés par terre avec le civil, et quand ils se sont relevés, ce dernier avait les menottes. <sup>j</sup>

Q. Et avez-vous vu des coups de poing donnés par l'un ou l'autre policier?

R. Non.

Q. Avez-vous vu l'un ou l'autre policier donner des coups de pied à cet homme? <sup>k</sup>

R. Non.

Q. Quand vous avez vu qu'ils étaient—Je crois, Randy, que vous avez employé l'expression «aux prises». Votre Seigneurie . . . <sup>l</sup>

LA COUR:

Oui.

M<sup>re</sup> OWEN-FLOOD:

Q. Quand vous employez l'expression «aux prises», qu'entendez-vous par là? Comment cela se passait-il? <sup>m</sup>

R. A peu près comme de la lutte.

Q. De la lutte?

R. A peu près. <sup>n</sup>

Q. Y a-t-il eu des coups de poing?

R. Non.

Q. Cela vous a-t-il intéressé—avez-vous regardé sans interruption ou avez-vous regardé autre chose? <sup>o</sup>

R. Je les ai regardés la plupart du temps.

Q. A quelle distance étiez-vous de la scène, vous et votre père? Vous connaissez la longueur d'une voiture, Randy. Je présume qu'une voiture pourrait avoir la longueur de cette table. Je suis désolé . . . <sup>p</sup>

- A. About 75 feet.
- Q. About 75 feet. Did you have any difficulty watching it? Was there anything to block or obstruct what you could see? In other words, was there anything which would cause you not to be able to see what was going on, some of the time? *a*
- A. The only part I missed was when they went down, because of the police car there.
- Q. I see. You missed—when you say when they went down, you mean when they went down on the ground? *b*
- A. Yes.
- Q. When I say the man, I don't mean either of the two police officers. I mean the man they were struggling with. Can you tell His Honour what that man seemed to be doing with the police officers? *c*
- A. Like, he was trying to get away.
- Q. Now, how did the man and the two police officers end up on the ground? How did that happen? What did you see about that? *d*
- A. I'm not sure about that.
- Q. I see. Were the police officers rough with the man? *e*
- A. No, not really.
- Q. You say the man and the police officer, when you first saw them both, they were talking. Had you seen that man before that?
- A. Yes.
- Q. Tell us about that, please?
- A. Um. Can I show you on this picture?
- Q. Yes, please. The picture that Randy has is Exhibit number . . . *g*
- A. 1.
- Q. . . number 1. Can you show us on the picture? *h*
- A. I was waiting over here, about and I saw the man walking behind the gas station over there.
- Q. There is another gas station that looks like . . .
- A. Esso.
- Q. . . Esso. Yes. You can see it in part of the picture. Yes. *i*
- A. I saw him walk around there and he had a little packsack on.
- Q. Where did he walk to, Randy? From the Esso Station to where? *j*
- A. Just behind it.
- R. A 75 pieds environ.
- Q. A 75 pieds environ. Avez-vous eu du mal à voir ce qui se passait? Y avait-il quelque chose qui vous cachait la vue? En d'autres mots, y avait-il quelque chose qui à certains moments vous aurait empêché de voir ce qui se passait?
- R. Tout ce que je n'ai pas vu c'est quand ils sont tombés parce que la voiture de police était là.
- Q. Bon. Vous n'avez pas vu—quand vous dites quand ils sont tombés, voulez-vous dire par là quand ils sont tombés par terre?
- R. Oui.
- Q. Quand je dis l'homme, je n'entends ni l'un ni l'autre policier. J'entends l'homme avec lequel ils étaient aux prises. Pouvez-vous dire à Sa Seigneurie ce que l'homme semblait être en train de faire?
- R. C'est-à-dire il essayait de s'enfuir.
- Q. Alors, comment se fait-il que l'homme et les deux policiers se sont trouvés par terre? Comment cela s'est-il passé? Qu'avez-vous vu à ce sujet?
- R. Je n'en suis pas certain.
- Q. Bon, bon. Les policiers ont-ils rudoyé l'homme?
- R. Non, pas vraiment.
- Q. Vous dites que l'homme et le policier, quand vous les avez remarqués, se parlaient. Aviez-vous vu l'homme auparavant?
- R. Oui.
- Q. Racontez-nous cela, s'il vous plaît.
- R. Euh. Puis-je me servir de cette photographie?
- Q. Oui, je vous en prie. La photographie que tient Randy est la pièce numéro . . .
- R. 1.
- Q. . . numéro 1, Pouvez-vous nous l'indiquer sur la photographie?
- R. J'attendais ici à peu près et j'ai vu l'homme qui se promenait là derrière la station-service.
- Q. Il y a une autre station-service qui paraît être . . .
- R. Esso.
- Q. . . Esso. Oui. On la voit dans un coin de la photographie. Oui.
- R. Je l'ai vu passer par là et il portait un petit havresac.
- Q. Où est-il allé, Randy? De la station-service Esso jusqu'où?
- R. Juste en arrière.

Q. And where did you next see him?

A. After my dad directed my attention to there.

Q. And where was this struggle taking place? Could you point it out? *a*

A. Right by the end of the police car.

CROSS-EXAMINATION

Q. All right. You said the man was trying to get away. Was he trying to run away across the parking lot? *b*

A. No. He was throwing himself around, trying to get out of their hands. *c*

Q. He didn't want to get in the car, from what you could see; is that right?

A. Yes.

Q. All right. And you were sitting in this parking lot, which you say was about 75 feet away? *d*

A. Yes.

Q. You say there was nothing to obstruct your vision; is that right? Except the police car, itself? *e*

A. Yes.

Q. But there is a fence, isn't there?

A. Yes.

Q. Between the Dog House and the Shell Service Station, of Scotch fir trees? *f*

A. Yes.

Q. Was your truck above those fir trees, so you could see everything?

A. Yes. *g*

Q. You say your dad directed your attention to this?

A. Yes.

Q. So obviously, I take it, you didn't notice, right at the outset, what was happening? You didn't see the police car arrive, for example? *h*

A. No.

Q. You were watching the whole time. I put it to you, they were struggling when you first saw them, weren't they? *i*

A. No.

Q. The policeman was holding the man, wasn't he? *j*

A. I'm not sure.

Q. Et où l'avez-vous vu par la suite?

R. Après que mon père eut attiré mon attention sur cet endroit-là.

Q. Et cette lutte où avait-elle lieu? Pourriez-vous nous l'indiquer? *a*

R. Tout près de l'arrière de la voiture de police.

CONTRE-INTERROGATOIRE

Q. Bon. Vous avez dit que l'homme essayait de s'enfuir. Essayait-il de s'enfuir en traversant le stationnement? *b*

R. Non. Il se débattait, essayant d'échapper à leur prise. *c*

Q. Il ne voulait pas monter dans la voiture d'après ce que vous avez pu voir, est-ce exact?

R. Oui.

Q. Bon. Et vous étiez assis dans ce stationnement, à une distance, avez-vous dit, d'environ 75 pieds? *d*

R. Oui.

Q. Vous dites que rien ne vous cachait la vue, n'est-ce pas? Sauf la voiture de police elle-même? *e*

R. Oui.

Q. Mais il y a une clôture, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Une clôture de pins d'Écosse entre le magasin Dog House et la station-service Shell? *f*

R. Oui.

Q. Votre camion était-il plus élevé que ces pins, de sorte que vous pouviez tout voir?

R. Oui. *g*

Q. Vous dites que votre père a attiré votre attention sur ce qui se passait?

R. Oui.

Q. Donc évidemment, je présume, vous n'avez pas remarqué dès le début ce qui se passait? Vous n'avez pas vu arriver la voiture de police par exemple? *h*

R. Non.

Q. Vous avez regardé sans interruption. Je vous dis qu'ils étaient aux prises au moment où vous les avez remarqués, n'est-ce pas? *i*

R. Non.

Q. Le policier tenait l'homme, n'est-ce pas? *j*

R. Je n'en suis pas sûr.

Q. He may well have been holding that man and talking to him, wasn't he?

A. I don't know.

Q. The packsack was on the ground?

A. Yes.

Q. You never saw the packsack on the boy's back, did you?

A. Never . . .

Q. Except earlier . . .

MR. OWEN-FLOOD:

My friend interrupted.

MR. TAYLOR:

Q. Except when you saw him earlier on at the Esso station?

A. Yes.

Q. You never saw the boy with the packsack on his back, did you?

A. No.

. . .

Q. When you were sitting in your father's truck. Okay?

A. Yes.

Q. Were you looking right at the back of the policemen, or were you looking at the back of the police car or were you looking at the side of it?

A. Sort of like an angle.

. . .

Q. Did you say that you saw no punches being made by anyone?

A. Pardon me?

Q. You say that you saw no punches being thrown or made by anyone?

A. Yes.

Q. Are you saying there were no punches, or you saw no punches?

A. There was no punches.

Q. You are quite sure of that?

A. Yes.

Q. By anyone, including the boy?

A. I saw no punches.

The next witness is the father of R. Harris, that is W. Harris, who testified as follows:

Q. What did you see?

Q. Il est fort possible qu'il ait tenu l'homme et qu'il lui ait parlé, n'est-ce pas?

R. Je ne sais pas.

Q. Le havresac était par terre?

R. Oui.

Q. Vous n'avez jamais vu le havresac sur le dos du garçon, n'est-ce pas?

R. Jamais . . .

Q. Sauf auparavant . . .

M<sup>e</sup> OWEN-FLOOD:

Mon collègue l'a interrompu.

M<sup>e</sup> TAYLOR:

Q. Sauf quand vous l'avez-vu auparavant à la station-service Esso?

R. Oui.

Q. Vous n'avez jamais vu le garçon le havresac sur le dos, n'est-ce pas?

R. Non.

. . .

Q. Quand vous étiez assis dans le camion de votre père. Vous y êtes?

R. Oui.

Q. Regardiez-vous directement le dos des policiers, ou regardiez-vous l'arrière de la voiture de police ou en regardiez-vous le côté?

R. Plutôt de biais.

. . .

Q. Avez-vous dit n'avoir vu personne donner des coups de poing?

R. Pardon?

Q. Vous dites n'avoir vu personne donner des coups de poing?

R. Oui.

Q. Voulez-vous dire par là qu'il n'y a pas eu de coups de poing ou que vous n'en avez pas vu?

R. Il n'y a pas eu de coups de poing.

Q. Vous en êtes tout à fait certain?

R. Oui.

Q. Personne n'en a donné, même pas le garçon?

R. Je n'ai vu aucun coup de poing.

Le témoin suivant est le père de R. Harris, savoir W. Harris, qui a rendu le témoignage suivant:

[TRADUCTION]

Q. Qu'avez-vous vu?

A. I was going—approaching the highway and there was a police car and officer and a civilian standing outside a pay booth at the gas station.

Q. What did you see?

A. At the time there was just one police car there and I noticed an officer and one, as I say, civilian standing there.

Q. What were they doing?

A. At that time they were, just appeared to be talking.

Q. Where was the officer in regard to the civilian?

A. Standing, facing like each other.

Q. You saw something might be happening and you picked up Randy and you drove to the Dog House parking lot. Did you at all look back at the service station?

A. When I was going to get Randy?

Q. Yes.

A. Yes. I was watching it all the time.

Q. What did you see?

A. Until Randy—well, actually until we got right back around to the Dog House, they were just standing there talking.

The witness Jensen, called by the accused, was a security guard who at the time in question was parked in his radio equipped automobile in a parking lot across the highway from the Shell station. An exhibit filed at trial indicates the Jensen automobile was directly across the street from the police car driven by the accused and no obstruction between the two vehicles is indicated. Jensen was on duty as a security guard at the time and his testimony was as follows:

Q. Yes. Continue in your own words?

A. I was checking this business along here with my vehicle and I noticed a police vehicle in the Shell gas station at the gas pumps. The officer seemed to be having a talk with one person, one male person on the sidewalk of the gas station. I continued to watch. It appeared as if the officer was

R. J'allais—m'approchais de la route et il y avait une voiture de police et un policier et un civil qui se trouvaient à l'extérieur de la cabine abritant la caisse de la station-service.

Q. Qu'avez-vous vu?

R. A ce moment-là il n'y avait qu'une voiture de police et j'ai remarqué un policier et, comme je l'ai dit, un civil qui se trouvaient là.

Q. Que faisaient-ils?

R. A ce moment-là ils semblaient simplement se parler.

Q. Où se trouvait le policier par rapport au civil?

R. Ils se tenaient face à face.

Q. Vous vous êtes aperçu qu'il pouvait se passer quelque chose et vous êtes allé chercher Randy, puis vous vous êtes garé dans le stationnement du magasin Dog House. Avez-vous jamais regardé derrière vous dans la direction de la station-service?

R. Quand j'allais chercher Randy?

Q. Oui.

R. Oui. Je regardais ce qui se passait tout le temps.

Q. Qu'avez-vous vu?

R. Jusqu'au moment où Randy—enfin, jusqu'au moment où nous sommes arrivés au magasin Dog House, ils ne faisaient que se tenir là et se parler.

Le témoin Jensen, cité par l'accusé, est un gardien de sécurité qui, au moment en question, se trouvait dans son automobile munie d'un poste de radio, dans un stationnement de l'autre côté de la route en face de la station-service Shell. Une pièce déposée au procès indique que l'automobile de Jensen était de l'autre côté de la rue, directement en face de la voiture de police de l'accusé et que rien ne bloquait la vue entre les deux véhicules. Jensen, qui à ce moment-là était de service comme gardien de sécurité, a rendu le témoignage suivant:

[TRADUCTION]

Q. Oui. Continuez en vos propres mots.

R. J'étais dans mon véhicule et je surveillais cette entreprise-ci quand j'ai aperçu un véhicule de police qui se trouvait aux pompes à essence de la station-service Shell. Le policier semblait parler avec quelqu'un, avec un homme, sur le trottoir de la station-service. J'ai continué à regarder. Le

attempting to get this person into his car, in the police vehicle.

- Q. I am sorry. When you first saw the officer and you said he appeared to be having a talk with another person, who I will henceforth refer to as a civilian; what were the respective positions? Were they touching each other? *a*
- A. To the best of my knowledge it was—it appeared to be a normal conversation at that time. They were standing face to face with each other. *b*
- Q. Yes. And what happened then?
- A. It appeared as if the officer was attempting to get the person into his police car or . . . *c*
- Q. What did you see the officer do and what did you see the civilian do?
- A. The officer and the civilian appeared to be grabbing each other by the arms. You know, struggling with each other, grabbing and clutching. *d*
- Q. Yes. Continue. Just tell us what happened?
- A. At this point I felt that the officer was probably going to require assistance in retaining this person. *e*
- Q. What made you reach the conclusion that the officer might require assistance?
- A. It appeared that he was having difficulty in containing this person. *f*
- Q. What did you see? What was the person doing?
- A. The person appeared to be trying to get away from the officer. That is the impression I got.
- Q. Yes?
- A. So I radio-telephoned from my car the Duncan detachment of the R.C.M.P. and advised them it appeared an officer of their force was having a problem at the Shell Gas Station. *g*
- Q. Yes?
- A. At the same time I was talking to the dispatcher, another police vehicle from Duncan pulled into the gas station. *h*
- Q. You were watching this for approximately how long, in terms of minutes? *i*
- A. It would be about four or five minutes, approximately. It is quite some time ago.
- Q. Did you watch it intermittently or continuously, or what? *j*
- A. Continuously.
- policier semblait essayer de faire monter cette personne dans sa voiture, dans le véhicule de police.
- Q. Je m'excuse. Quand vous avez remarqué le policier, vous dites qu'il paraissait s'entretenir avec une autre personne, que j'appellerai désormais un civil; quelles étaient leurs positions respectives? Est-ce qu'ils se touchaient?
- R. Autant que je sache c'était—il semblait s'agir d'une conversation normale à ce moment-là. Ils se tenaient face à face.
- Q. Oui. Et qu'est-ce qui est arrivé alors?
- R. Il a semblé que le policier essayait de faire monter la personne dans sa voiture de police ou . . .
- Q. D'après ce que vous avez vu, que faisait le policier et que faisait le civil?
- R. Le policier et le civil paraissaient se saisir aux bras. Ils en sont venus aux prises, voyez-vous, ils s'empoignaient.
- Q. Oui. Continuez. Dites-nous simplement ce qui s'est passé?
- R. J'ai alors eu l'impression que le policier aurait probablement besoin d'aide à maîtriser la personne.
- Q. Qu'est-ce qui vous a amené à conclure que le policier pourrait avoir besoin d'aide?
- R. Il paraissait avoir de la difficulté à maîtriser cette personne.
- Q. Qu'avez-vous vu? Que faisait cette personne?
- R. La personne semblait essayer de se libérer du policier. C'est là l'impression que j'ai eue.
- Q. Oui?
- R. Alors j'ai radiotéléphoné de ma voiture au détachement de Duncan de la G.R.C., leur faisant savoir qu'un de leurs gendarmes paraissait en difficulté à la station-service Shell.
- Q. Oui?
- R. Au moment même où je parlais au régulateur, un autre véhicule de police de Duncan est arrivé à la station-service.
- Q. Vous avez observé la scène pendant combien de temps à peu près, en minutes?
- R. Pendant quatre ou cinq minutes environ. Cela s'est passé il y a assez longtemps.
- Q. Avez-vous observé la scène de façon intermittente ou continue, qu'en était-il?
- R. De façon continue.

Q. You were how many feet away from this incident, approximately?

A. It would be about 100 feet, 120 feet.

Q. Were there any punches or blows thrown by either of the police? Either one or both of the police officers or by the civilian? *a*

A. I did not notice any.

The other policeman, Constable Ellis, testified as to what he saw going on at the gas station at the time of his arrival: *b*

Q. And when you saw Constable Harper's car, how far away would you have been?

A. Oh, probably a couple hundred feet. *c*

Q. What if anything did you see apart from the car?

A. At that time I saw Constable Harper talking to an unidentified male on the opposite side of the car between the car and the self-serve station. *d*

Q. Did you continue to keep them under observation while you were at that red light?

A. Not at that particular moment, as the light turned green I observed it, Constable Harper was in somewhat of a scuffle with that individual. *e*

Q. Approximately how long would it have been between when you first saw him and then when you then saw again that there was some sort of a scuffle going on? *f*

A. Ten to 30 seconds, approximately.

Q. At that point you got there and stopped, what did you see? *g*

A. As I pulled in, I saw Constable Harper engaged in a scuffle with this individual at the rear door of his police vehicle.

Q. Can you describe this scuffle? *h*

A. He had this gentleman pinned up between him and the entrance to the door. The rear door of the police vehicle, Constable Harper's door was open.

Q. How was this person pinned?

A. He had him between himself and the door, holding him. *i*

Q. Yes?

A. To stop him from moving.

Q. How was he holding him? *j*

A. I believe in an arm lock, if I remember correctly, but I'm not positive.

Q. Vous étiez à combien de pieds de cet incident, approximativement?

R. Environ 100 ou 120 pieds.

Q. L'un ou l'autre policier a-t-il donné des coups de poing? L'un ou l'autre policier ou les deux ou le civil?

R. Je n'en ai pas remarqué.

L'autre policier, le gendarme Ellis, a témoigné quant à ce qu'il a vu se passer à la station-service au moment de son arrivée:

[TRADUCTION]

Q. Et quand vous avez vu la voiture du gendarme Harper, à quelle distance en étiez-vous?

R. Euh, à environ deux cents pieds probablement.

Q. Qu'avez-vous vu en plus de la voiture?

R. A ce moment-là, j'ai vu le gendarme Harper parlant à un homme que je ne connaissais pas de l'autre côté de la voiture, entre la voiture et la station libre-service.

Q. Avez-vous continué à les surveiller alors que vous étiez arrêté au feu rouge?

R. Pas à ce moment-là, quand le feu est devenu vert je les ai observés, le gendarme Harper était aux prises en quelque sorte avec la personne en question.

Q. Combien de temps approximativement s'est écoulé entre le moment où vous l'avez remarqué et celui où vous avez constaté qu'il y avait une espèce d'échauffourée?

R. De dix à trente secondes, approximativement.

Q. C'est alors que vous y êtes arrivé et vous êtes arrêté, qu'avez-vous vu?

R. En arrivant, j'ai vu le gendarme Harper aux prises avec cette personne près de la portière arrière de son véhicule de police.

Q. Pouvez-vous nous décrire cette échauffourée?

R. Il avait coincé l'homme entre lui et la portière. La portière arrière du véhicule de police, la portière du véhicule du gendarme Harper était ouverte.

Q. Comment cette personne était-elle coincée?

R. Il la tenait coincée entre lui-même et la portière.

Q. Oui?

R. Pour l'empêcher de bouger.

Q. De quelle manière le tenait-il?

R. Je crois qu'il lui faisait une clé au bras, si ma mémoire est fidèle, mais je n'en suis pas certain.

Later in his testimony, under cross-examination, Constable Ellis stated:

Q. And the first time that you saw ... you saw anything, Constable Harper was in the Shell Service Station simply talking to Higginson. There was no fighting or any scuffling going on.

A. When I first saw him, that is correct.

Q. And so you paid no particular attention, you didn't think there was any particular disturbance; isn't that right?

A. That's correct.

Q. And then the next time you looked around you could see that Constable Harper ... that there was a scuffle going on with Constable Harper trying to restrain Higginson.

A. That is correct.

Q. And you then thought that it looked as if Harper needed assistance; isn't that correct?

A. That's correct.

Q. And then you went to the police station for the purpose of assisting Constable Harper; isn't that correct?

A. To the Shell Self-Serve.

Q. Sorry, the service station, yes. And when you got there, Constable Harper had Higginson pinned up against the rear of the car, the police car; isn't that correct?

A. That's correct.

Q. Higginson appeared to be struggling with all his might; isn't that correct?

A. That is correct.

Q. And you heard Constable Harper tell Higginson that he was under arrest for being drunk in a public place.

Q. ... did you at any time see Constable Harper punch or hit Higginson?

A. No, I did not.

There is no question that at the time of these events the informant Higginson was under the influence of alcohol. The Shell employee Lindhout, who was in the booth at the gas station, testified that the informant Higginson arrived at the gas station on foot and in the course of conversation with the witness asked if he could have a car wash.

Plus tard, en contre-interrogatoire, le gendarme Ellis a déclaré:

[TRADUCTION]

Q. Et la première fois que vous avez remarqué ... que vous avez remarqué quelque chose, le gendarme Harper était à la station-service Shell ne faisant que parler à Higginson. Il n'y avait aucune espèce d'échauffourée.

R. Quand je l'ai remarqué pour la première fois, c'est exact.

Q. Alors vous n'y avez pas vraiment fait attention, vous ne croyiez pas qu'il y avait vraiment de désordre; n'est-ce pas?

R. C'est exact.

Q. Et un moment plus tard vous avez pu remarquer que le gendarme Harper ... que le gendarme Harper était aux prises avec Higginson, essayant de le maîtriser.

R. C'est exact.

Q. Et vous avez alors pensé que Harper semblait avoir besoin d'aide; n'est-ce pas?

R. C'est exact.

Q. Et vous êtes alors allé au poste de police afin de venir en aide au gendarme Harper; n'est-ce pas?

R. Au libre-service Shell.

Q. Pardon, à la station-service, oui. Et quand vous y êtes arrivé, le gendarme Harper avait coincé Higginson contre l'arrière de la voiture, de la voiture de police; n'est-ce pas?

R. C'est exact.

Q. Higginson paraissait lutter de toutes ses forces; n'est-ce pas?

R. C'est exact.

Q. Et vous avez entendu le gendarme Harper dire à Higginson qu'il l'arrêtait pour ivresse dans un endroit public.

Q. ... avez-vous vu le gendarme Harper donner des coups de poing à Higginson ou le frapper?

R. Non pas du tout.

Il ne fait pas de doute qu'au moment où ces événements se sont déroulés, le dénonciateur Higginson était sous l'influence de l'alcool. L'employée de Shell, Mlle Lindhout, qui se trouvait dans la cabine à la station-service, a témoigné que le dénonciateur Higginson est arrivé à pied et qu'au cours d'une conversation avec elle lui a demandé



She testified that his words were a bit blurred. She then testified "I assumed he was a little drunk" when she let him into the Shell booth.

An appellate tribunal has neither the duty nor the right to reassess evidence at trial for the purpose of determining guilt or innocence. The duty of the appellate tribunal does, however, include a review of the record below in order to determine whether the trial court has properly directed itself to all the evidence bearing on the relevant issues. Where the record, including the reasons for judgment, discloses a lack of appreciation of relevant evidence and more particularly the complete disregard of such evidence, then it falls upon the reviewing tribunal to intercede. This problem was before this Court in *MacDonald v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 665, when Laskin C.J. stated, at p. 673:

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*, [1939] 1 W.W.R. 42, at p. 44; *Ungaro v. R.*, [1950] S.C.R. 430; *Horsburgh v. R.*, [1967] S.C.R. 746; *Kolnberger v. R.*, [1969] S.C.R. 213.

The reference to *Ungaro* above no doubt includes the following (at pp. 437-38):

It is unnecessary to here resolve this conflict as the authorities are unanimous that where the misdirection is "manifest" or the assigned reasons disclose self-misdirection the conviction cannot stand.

In his reasons, with great respect, the learned trial judge discloses that he had misdirected himself with

s'il pourrait faire laver sa voiture. Elle a en outre témoigné que ses paroles étaient plutôt indistinctes. Elle a alors ajouté [TRADUCTION] «J'ai présumé qu'il était un peu ivre» quand elle l'a laissé entrer dans la cabine de la station-service Shell.

Un tribunal d'appel n'a ni le devoir ni le droit d'apprécier à nouveau les preuves produites au procès afin de décider de la culpabilité ou de l'innocence. Il incombe toutefois au tribunal d'appel d'étudier le dossier du procès pour déterminer si la cour a bien tenu compte de l'ensemble de la preuve se rapportant aux questions litigieuses. S'il se dégage du dossier, ainsi que des motifs de jugement, qu'il y a eu omission d'apprécier des éléments de preuve pertinents et, plus particulièrement, qu'on a fait entièrement abstraction de ces éléments, le tribunal chargé de révision doit alors intervenir. Cette Cour a été saisie de la même question dans l'affaire *MacDonald c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 665, et le juge en chef Laskin a dit à la p. 673:

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*, [1939] 1 W.W.R. 42, à la p. 44; *Ungaro c. R.*, [1950] R.C.S. 430; *Horsburgh c. R.*, [1967] R.C.S. 746; *Kolnberger c. R.*, [1969] R.C.S. 213.

La mention de l'arrêt *Ungaro* dans le passage précité comprend sans doute ce qui suit (aux pp. 437 et 438):

[TRADUCTION] Il est inutile de résoudre ici ce conflit puisque la jurisprudence est unanime pour dire que si l'erreur est «manifeste» ou que les motifs énoncés révèlent une erreur, la déclaration de culpabilité ne peut être confirmée.

Très respectueusement, le savant juge de première instance montre dans ses motifs qu'il s'est trompé sur la

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*, [1939] S.C.R. 101. 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*, *supra*, was decided.

and again at p. 432 *per* Rinfret C.J.:

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. In the present case, discarding, as he did, as "fantastic", the explanation of Ungaro's denial to the police was insufficient to find the accused guilty. It was much more important that the trial judge should have addressed himself to the main point in the accused's defence, and which was the explanation of the circumstances which accompanied the purchase from Seguin, the thief, of the goods stolen. As to that the learned trial judge said absolutely nothing in his reasons, and, reading them, a Court of Appeal is perfectly justified in holding that he completely overlooked this point.

This issue was apparently raised in the Court of Appeal but, in the reasons for judgment of Craig J.A., it seems to have been disposed of on the basis that the trial judge determined the point on the basis of credibility, rather than on whether the effect of the trial judge's reasoning leading to conviction was the wrongful exclusion from his consideration of the evidence of four witnesses bearing on the issue which the trial judge himself had found to be the vital one. Lambert J.A. acknowledged:

If the trial judge completely overlooked part of the evidence of four witnesses that related to events occurring before the second police vehicle came to a stop at

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*, [1939] R.C.S. 101. 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*, précitée, a été fondée.

c ainsi que ce passage du juge en chef Rinfret 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'acquittement de l'accusé. En l'espèce, le fait d'avoir écarté pour «extravagance» l'explication de la dénégation d'Ungaro devant la police ne suffisait pas pour déclarer l'accusé coupable. Il importait beaucoup plus que le juge de première instance se penche sur la question essentielle soulevée par l'accusé en défense, à savoir l'explication des circonstances dans lesquelles il a acheté les marchandises volées à Seguin, le voleur. A cet égard, le savant juge de première instance n'a absolument rien déclaré dans ses motifs et, après les avoir lus, une cour d'appel est tout à fait fondée à décider qu'il a complètement négligé cette question.

Il appert que cette question a été soulevée en Cour d'appel, mais d'après les motifs de jugement du juge Craig, on semble l'avoir tranchée sur le fondement que la conclusion du juge du procès sur ce point repose sur la crédibilité et non en se demandant si l'effet de son raisonnement aboutissant à la déclaration de culpabilité était d'exclure à tort de sa considération quatre témoignages se rapportant à la question qu'il avait lui-même jugé vitale. Comme l'a reconnu le juge Lambert:

[TRADUCTION] Si le juge du procès avait complètement fait abstraction d'une partie des témoignages de quatre témoins portant sur les événements qui se sont

the gas station, then, in my opinion, there would in this case have been a miscarriage of justice and the appeal ought to be allowed.

The learned justice then formed the opinion that the trial judge did not wholly overlook this evidence. This opinion was apparently reached on the basis of a later reference in the trial judgment to the "exchange" between the accused and the informant Higginson and that this term should be taken as meaning the narrow time period between the confrontation of the police officer and the person being arrested and the time that the punches were allegedly delivered. I must respectfully disagree with the application of such fine reasoning to explanatory reasons given in a criminal court for the conviction of an accused. Lambert J.A. expressed something of this same thought when later the learned justice states:

I would add also that there is, to my mind, considerable ambiguity as to what is meant by the words "prior to the second officer appearing on the scene".

It was argued by the appellant before us that such ambiguity, particularly in criminal proceedings, should be resolved in favour of the accused. I do not think that this is a situation of ambiguity in the sense of equivocal meanings of expressions found in penal statutes. What we are here concerned with is whether or not the trial court, in assessing the evidence in the course of finding guilt on the part of the accused, has fatally overlooked relevant evidence submitted to the court on the very issue which must be determined.

The trial judge in his report to the Court of Appeal under s. 609(1) of the *Criminal Code* stated:

In short, I considered the only issue before me to be one of credibility . . .

Craig J.A., in the Court of Appeal, adverted to this ground of appeal when he stated:

Mr. Owen-Flood [counsel for the accused] submitted that four witnesses for the defence did, in fact, give testimony about what they saw happening at the service station between Higginson and Constable Harper before the arrival of Ellis and that, therefore, the judge erred in not considering this testimony when considering particu-

déroulés avant que le second véhicule de police ne s'arrête à la station-service, alors, selon moi, il y aurait eu en l'espèce erreur judiciaire et l'appel devrait être accueilli.

Le savant juge a alors conclu que le juge du procès n'avait pas fait entièrement abstraction de ces témoignages. Cette conclusion se fonde apparemment sur une mention ultérieure, dans le jugement de première instance, de l'«échange» entre l'accusé et le dénonciateur Higginson, ce terme devant désigner le bref laps de temps qui s'est écoulé entre le moment de la rencontre du policier et de la personne qu'il voulait arrêter et le moment où les coups de poing auraient été donnés. Avec égards, je ne puis accepter que l'on applique un raisonnement aussi subtil aux motifs donnés par une cour de juridiction criminelle pour expliquer la déclaration de culpabilité d'un accusé. Le juge Lambert exprime à peu près la même pensée lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] J'ajouterai qu'à mon avis l'ambiguïté provient du sens des mots «avant l'arrivée du second policier sur les lieux».

L'appelant a fait valoir en cette Cour que, surtout dans le cas de procédures criminelles, c'est l'accusé qui doit bénéficier de cette ambiguïté. Je n'estime pas qu'il s'agisse ici d'une ambiguïté dans le sens de signification équivoque d'expressions figurant dans des lois de nature pénale. En l'espèce nous avons à déterminer si, en appréciant la preuve avant de conclure à la culpabilité de l'accusé, le tribunal de première instance a commis l'erreur fatale de faire abstraction des éléments de preuve pertinents qui lui ont été présentés sur la question même qu'il lui incombait de trancher.

Le juge du procès, dans le rapport qu'il a présenté à la Cour d'appel en application du par. 609(1) du *Code criminel*, a dit:

[TRADUCTION] Bref, j'ai estimé que la seule question que j'avais à trancher était celle de la crédibilité . . .

En Cour d'appel, le juge Craig s'est référé à ce moyen d'appel lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] M<sup>e</sup> Owen-Flood [l'avocat de l'accusé] a allégué qu'en fait quatre témoins de la défense ont déposé concernant ce qu'ils ont vu se passer entre Higginson et le gendarme Harper à la station-service avant l'arrivée d'Ellis et que, par conséquent, le juge a commis une erreur en n'en tenant pas compte particulièrement

larly whether he should find Miss Lindhout and Mr. Higginson to be credible witnesses, as he in fact found.

Mr. Owen-Flood submitted to this Court that his point had not been correctly taken by the Court of Appeal. The submission with reference to the evidence of the four witnesses was made not with reference to the issue of credibility, with which the trial judge was so much concerned, but on the issue that by the wrongful exclusion of this evidence from the judgment process the trial court had misdirected itself, a misdirection which if given to a jury would have been fatal to a fair trial.

The learned justice on appeal then concluded:

On this basis, the trial judge could very well in reviewing the evidence and his notes conclude, as he did conclude, that their testimony on this particular point was not helpful.

But the trial judge did not conclude the evidence in question was "not helpful". Rather he found:

- (a) "... no other witness observed the events prior to the second officer appearing on the scene";
- (b) "... none of them are of any assistance with regard to that exchange ..."; and
- (c) "... which narrows us down to Miss Lindhout and Mr. Higginson".

Lambert J.A., as I have said, addressed this ground of appeal directly. He concluded, by attributing a narrow meaning to the reference by the trial judge to "an exchange" between the informant and the accused, that the trial judge had in fact considered the evidence of all the witnesses before reducing his consideration of the relevant evidence (in his view) to that of Higginson and Lindhout. The words used by the trial judge in giving his reasons for the conviction of the accused do not, however, lend themselves, in my respectful view, to such a fine and narrow interpretation. Whether such a process of interpretation should be applied in determining the propriety of a self-direction in a criminal trial is another aspect which need not be determined here. In my view it is sufficient for the purposes of this appeal to apply

relativement à la question de la crédibilité de Mlle Lindhout et de M. Higginson, qu'il a en fait jugés dignes de foi.

M<sup>e</sup> Owen-Flood a allégué devant cette Cour que la Cour d'appel a mal interprété ce moyen. La prétention relative aux dépositions des quatre témoins portait non pas sur la question de la crédibilité qui a tant préoccupé le juge du procès, mais sur le fait que, par l'exclusion erronée de ces témoignages du processus aboutissant au jugement, le tribunal de première instance a commis une erreur qui, si elle s'était trouvée dans un exposé à un jury, aurait été fatale à un procès équitable.

Le savant juge d'appel a alors conclu:

[TRADUCTION] Donc, après avoir examiné la preuve et ses notes, le juge du procès pouvait très bien conclure, comme il l'a fait, que leurs témoignages sur ce point précis n'étaient d'aucun secours.

Mais ce n'est pas ce qu'a conclu le juge du procès. Au contraire, il a conclu:

- a) [TRADUCTION] « ... aucun autre témoin n'a vu ce qui s'est passé avant l'arrivée du second policier sur les lieux »;
- b) [TRADUCTION] « ... aucun d'eux ne peut nous éclairer le moins sur cet échange ... »; et
- c) [TRADUCTION] « ... ce qui nous limite aux seuls témoignages de Mlle Lindhout et de M. Higginson ».

Le juge Lambert, je le répète, s'est prononcé directement sur ce moyen d'appel. Attribuant un sens étroit à la mention par le juge du procès d'un «échange» entre le dénonciateur et l'accusé, il a conclu que le juge du procès avait bel et bien pris en considération les dépositions de tous les témoins avant de limiter son attention aux seuls témoignages qu'il estimait pertinents, ceux de Higginson et de Lindhout. Je suis respectueusement d'avis que les termes utilisés par le juge du procès en motivant la déclaration de culpabilité de l'accusé ne peuvent cependant se prêter à une interprétation à ce point subtile et étroite. Quant à la question de savoir s'il faut recourir à un tel mode d'interprétation quand il s'agit de déterminer la justesse d'une directive que se donne le juge à un procès au criminel, nous n'avons pas à la trancher

the principle that the reviewing tribunal must be satisfied as I am, with all respect to others who do not agree, that the judge at trial wrongly failed to consider evidence which did bear directly on the issue of guilt or innocence. Such being the case, in my view the proper procedure in this proceeding is an order directing a new trial.

A second element of law arose in the course of the hearing of this appeal before this Court when my colleague Lamer J. enquired of both counsel as to whether s. 25(1) of the *Criminal Code* had been raised in the courts below. It had not.

Section 25(1) provides as follows:

25. (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

(a) as a private person,

(b) as a peace officer or public officer,

(c) in aid of a peace officer or public officer, or

(d) by virtue of his office,

is, if he acts on reasonable and probable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

The accused here was admittedly a peace officer. He was at the time in question in the act of arresting the informant for drunkenness. The evidence of the Crown witness Lindhout was that the informant was intoxicated. The trial judge found the informant "had been drinking in the evening in question". That a peace officer is justified in arresting a person for being intoxicated in a public place contrary to a provincial statute, if the peace officer reasonably believes such person is intoxicated, has long been settled. In the course of so acting the peace officer has been provided with a defence in law not available to persons who do not come within s. 25. The trial court was not directed to the defence of the use of 'as much force as is necessary for that purpose' and hence no consideration of the evidence on this point was undertaken at trial. The

en l'espèce. A mon avis, il suffit aux fins du présent pourvoi d'appliquer le principe que le tribunal chargé de la révision doit être convaincu comme je le suis, avec égards pour ceux qui ne partagent pas cet avis, que le juge du procès a commis l'erreur de ne pas prendre en considération des témoignages se rapportant directement à la question de la culpabilité ou de l'innocence. Tel étant le cas, il convient en l'espèce, selon moi, d'ordonner un nouveau procès.

Un second point de droit a été soulevé à l'audience devant cette Cour lorsque mon collègue le juge Lamer a demandé aux avocats des deux parties si on avait invoqué le par. 25(1) du *Code criminel* devant les cours d'instance inférieure. On ne l'avait pas invoqué.

Le paragraphe 25(1) dispose:

25. (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi

a) à titre de particulier,

b) à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public,

c) pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public, ou

d) en raison de ses fonctions,

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et est fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

L'accusé en l'espèce est évidemment un agent de la paix. A l'époque considérée, il était en train d'arrêter le dénonciateur pour ivresse. Il ressort de la déposition du témoin à charge, Lindhout, que le dénonciateur était en état d'ébriété. Le juge du procès a conclu que celui-ci [TRADUCTION] «avait bu ce soir-là». Il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel un agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en état d'ébriété dans un endroit public contrairement à une loi provinciale, est fondé à l'arrêter pour ce motif. Lorsqu'il agit de la sorte, l'agent de la paix bénéficie d'une défense légale dont les personnes non visées par l'art. 25 ne peuvent se prévaloir. Le moyen de défense fondé sur l'emploi de «la force nécessaire pour cette fin» n'ayant pas été invoqué en première instance, on n'a pas pris

same applies to the deliberations of the Court of Appeal. There are other matters to be taken into account once s. 25 is invoked but believing as I do that a new trial is the proper disposition here, nothing further should be said which might have the effect of prejudging this or any other issue raised on this appeal.

I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—This is an appeal brought pursuant to leave granted by this Court in conformity with the provisions of s. 618(1)(b) of the *Criminal Code* which reads as follows:

618. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada within twenty-one days after the judgment appealed from is pronounced or within such extended time as the Supreme Court of Canada or a judge thereof may, for special reasons, allow.

The appeal is from the unanimous judgment of the Court of Appeal of British Columbia which dismissed an appeal from the judgment of judge Millward convicting the appellant, a police officer, on a charge of assault causing bodily harm. The evidence discloses that after dark on an evening in February 1978, a young man by the name of Higginson who at the time had consumed something in excess of the amount of alcohol appropriate to his capacity, had decided to hitchhike from the City of Duncan on Vancouver Island to Victoria. For this purpose he was equipped with a packsack and before embarking on his hike he stopped at a food store where he purchased some chicken to sustain himself. Having acquired the chicken he took it to a self-serve gas station which was usually staffed by a girlfriend of his. On the night in question, however, another girl named Lindhout was on duty; she was a stranger to

en considération les témoignages sur ce point au procès. Il en a été de même en Cour d'appel. Dès lors qu'on invoque l'art. 25, d'autres facteurs entrent en ligne de compte, mais, comme j'estime qu'il y a lieu en l'espèce d'ordonner un nouveau procès, mieux vaut s'abstenir de toute observation qui risquerait d'avoir pour effet de préjuger cette question ou toute autre question soulevée en l'espèce.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE (*dissentant*)—Ce pourvoi a été formé par suite de l'autorisation de cette Cour accordée en conformité des dispositions de l'al. 618(1)(b) du *Code criminel* dont voici le texte:

618. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada

(b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada dans un délai de vingt et un jours après qu'a été prononcé le jugement dont il est interjeté appel ou dans tel délai supplémentaire que la Cour suprême du Canada, ou l'un de ses juges, peut accorder pour des raisons spéciales.

Le pourvoi attaque un arrêt unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté un appel contre le jugement du juge Millward qui a reconnu l'appellant, un policier, coupable de voies de fait qui ont causé des lésions corporelles. Il ressort de la preuve qu'un soir de février 1978, après la tombée de la nuit, un jeune homme nommé Higginson, qui avait absorbé sensiblement plus d'alcool qu'il ne pouvait le supporter, a décidé de se rendre en auto-stop de la ville de Duncan sur l'Île de Vancouver à Victoria. Il portait donc un havresac et, avant de se mettre en route, il est allé s'acheter du poulet dans un magasin d'alimentation pour se restaurer. S'étant procuré le poulet, il l'a emporté à la station libre-service où travaillait habituellement une de ses amies. Le soir en question, cependant, c'est une autre jeune fille nommée Lindhout qui était de service; bien que ne connaissant pas Higginson, elle l'a néanmoins invité à

Higginson but nevertheless invited him into the booth where she worked so that he might have shelter while eating his chicken. Shortly after he had entered the booth a police car, operated by the appellant, Harper, drove into the service station and signalled for Higginson to come over to him and when the young man came out of the booth he was asked to take off the packsack he was wearing and there seems to be no doubt that he did this without too much trouble after Harper had got out of his car. It is also common ground that within a very few minutes another police car, operated by Constable Ellis, appeared on the scene and that he dismounted from his car and proceeded to assist Harper in subduing Higginson so as to get him into the police car for transfer to the police station, as he had by this time been placed under arrest by Harper for drunkenness.

It is during the very brief period from the time that Higginson removed his packsack until the time when Constable Ellis arrived that the offence here charged was allegedly committed. As to this period there is direct conflict with Higginson saying that after he had removed his packsack and asked why he should get into the police car, Harper "... never said anything or nothing, he just punched me in the mouth and it knocked out my front tooth". Miss Lindhout swore that she saw these blows being delivered from a distance of 4 or 5 feet. On the other hand, Harper stoutly denied having delivered any blow. The learned trial judge believed the Crown witnesses and found Harper's story unworthy of belief.

As the facts were carefully reviewed by the trial judge and as his findings were expressly affirmed by the Court of Appeal, I think it most convenient to reproduce his account of what occurred. Starting with a review of Miss Lindhout's evidence, the learned judge went on to say:

Miss Lindhout testified that she was working at the Gulf Self-Serve that evening as cashier. She described the view of the area that she had from her booth and said that around 9:00 or 9:30 that evening she saw Mr. Higginson. She had not seen him before. She saw him crossing Trunk Road with his packsack and a little black suitcase and with chicken and some salad.

entrer dans la cabine où elle travaillait pour qu'il puisse manger son poulet à l'abri. Peu après son entrée dans la cabine, une voiture de police, avec l'appelant Harper au volant, est arrivée à la station-service. L'appelant lui a fait signe de s'approcher et, quand le jeune homme est sorti de la cabine, il lui a demandé d'ôter son havresac; il ne semble faire aucun doute qu'il l'a fait sans trop se faire prier, après que Harper fut sorti de sa voiture. Les parties reconnaissent également qu'au bout de quelques minutes seulement, une seconde voiture de police, conduite par le gendarme Ellis, est arrivée sur les lieux, que ce dernier en est descendu pour aider Harper à maîtriser Higginson afin de le faire entrer dans la voiture de police pour l'emmener au poste de police, le gendarme Harper l'ayant arrêté pour ivresse.

C'est au cours de cette période très brève qui s'est écoulée entre le moment où Higginson a enlevé son havresac et l'arrivée du gendarme Ellis que l'infraction reprochée en l'espèce aurait été commise. Quant à ce qui s'est passé pendant cette période, les témoignages sont en contradiction directe. Higginson, pour sa part, dit qu'ayant enlevé son havresac et demandé pourquoi il devait monter dans la voiture de police, Harper [TRADUCTION] «n'a rien dit du tout, il m'a simplement flanqué un coup de poing à la bouche me faisant sauter une dent du devant». Mlle Lindhout a témoigné qu'elle était à une distance de 4 ou 5 pieds quand elle a vu les coups en cause. Harper, par contre, nie fermement avoir donné des coups. Le savant juge du procès a cru les témoins à charge et n'a pas ajouté foi au récit de Harper.

Comme le juge du procès a minutieusement examiné les faits et que la Cour d'appel a expressément confirmé ses conclusions, j'estime très pratique de reproduire son exposé des événements. Ayant d'abord passé en revue le témoignage de Mlle Lindhout, le savant juge a ajouté:

[TRADUCTION] Mlle Lindhout a témoigné qu'elle travaillait ce soir-là au libre-service Gulf comme caissière. Elle a décrit ce qu'elle voyait de sa cabine et a dit que vers 21 h ou 21 h 30, elle a aperçu M. Higginson. Elle ne l'avait jamais vu auparavant. Elle l'a vu traverser le chemin Trunk; il portait un havresac, tenait une petite valise noire et avait du poulet et de la salade.

She spoke with him briefly. She said 'I assumed he was a little drunk when he asked for a car wash because he didn't have a car'. She said his walk was all right. They had a discussion and after about five minutes, the police car drove in.

She says the police car drove to a position in front of the cash booth. Cst. Harper motioned with his finger to Higginson to come out, Higginson said, 'I guess I'd better go'. He went out and he spoke with Cst. Harper. The two spoke briefly, the accused, Cst. Harper, was in the car, Mr. Higginson was facing him.

Cst. Harper got out of the car, the boy turned and motioned towards his pack. Cst. Harper helped him remove the pack, the black case was on the ground. Higginson turned around and the accused started to hit him in the face. She saw no prior violence.

Mr. Higginson stepped back a bit, the young lady said, 'After I seen him get hit a couple of times in the face, I got up and went out. I said, 'What are you doing. He may have had a couple of drinks but that's no reason to hit him like that'. Cst. Harper responded, 'Get inside where you're supposed to be'.

She said, 'What is your badge number?' Cst. Harper said, 'If you don't get inside, I'll arrest you for obstructing an officer in the line of duty'. She went inside and the other police car drove up.

She insisted that Mr. Higginson did not offer any violence to anyone. When the other officer approached, the young lady went outside again to talk to the boy and she saw that Higginson's face was bleeding and his tooth was missing.

In cross-examination she said after the backpack had been removed, the boy turned to face the accused and she saw the policeman hit the boy in the face with his clenched fist. She was quite definite about this. She said, 'I seen him hit him in the face'.

She was asked, 'Have you any doubt about it?' and replied, 'None'.

When referred to her testimony in the preliminary inquiry, she said that since then she had had time to think things over and she is very sure the boy was hit in the face. She was about *four or five feet away from the participants when she witnessed these events.*

Now, Cst. Harper says, in effect, that for reasons that he explained, he felt it incumbent upon him to investi-

Elle lui a parlé brièvement. Elle a dit: «J'ai présumé qu'il était un peu ivre quand il m'a demandé de faire laver son auto, parce qu'il n'avait pas de voiture.» Elle a dit qu'il marchait normalement. Ils ont bavardé et au bout d'environ cinq minutes la voiture de police est arrivée.

Elle dit que la voiture de police s'est arrêtée devant la cabine abritant la caisse. Le gendarme Harper ayant fait signe du doigt à Higginson de sortir, ce dernier a dit: «Je suppose que je ferais mieux d'y aller.» Il est sorti et a parlé avec le gendarme Harper. Ils se sont parlé brièvement; l'accusé, le gendarme Harper, était dans la voiture; M. Higginson lui faisait face.

Le gendarme Harper est descendu de la voiture, le garçon s'est tourné et a indiqué son havresac. Le gendarme Harper l'a aidé à l'ôter, le valise noire était par terre. Higginson s'est retourné et l'accusé s'est mis à lui donner des coups de poing au visage. Mlle Lindhout n'a vu aucun acte de violence avant cela.

M. Higginson a reculé un peu. La jeune femme a dit: «Quand je l'ai vu recevoir des coups au visage, je me suis levée et je suis sortie. J'ai dit, «Qu'est-ce que vous faites là? Peut-être qu'il a bu un peu, mais ce n'est pas une raison de le frapper comme ça». Le gendarme Harper a répliqué: «Rentrez à votre place».

Elle lui a dit: «Quel est votre numéro de matricule?» Le gendarme lui a dit: «Si vous ne rentrez pas, je vais vous arrêter pour entrave à agent dans l'exercice de ses fonctions.» Elle est rentrée et l'autre voiture de police est arrivée.

Elle a soutenu que M. Higginson n'a usé de violence envers personne. A l'approche du second policier, la jeune femme est sortie de nouveau pour parler au garçon et elle a remarqué que son visage saignait et qu'il lui manquait une dent.

En contre-interrogatoire elle a dit qu'une fois le havresac enlevé, le garçon s'est retourné vers l'accusé et qu'elle a vu ce dernier le frapper au visage avec le point fermé. Elle a été catégorique sur ce point. Elle a dit: «Je l'ai vu le frapper au visage.»

On lui a demandé: «Avez-vous le moindre doute là-dessus?» et elle a répondu: «Aucun».

Quand on lui a rappelé son témoignage à l'enquête préliminaire, elle a dit avoir eu depuis lors le temps de réfléchir et être maintenant très certaine que le garçon avait été frappé au visage. Elle était à environ *quatre ou cinq pieds des participants quand elle a été témoin de ces événements.*

Or, le gendarme Harper dit en substance que, pour les motifs qu'il a exposés, il se sentait dans l'obligation de



gate the circumstances of Mr. Higginson and he looked for him and he found him in the Shell booth. He gestured to Higginson to come out; Higginson picked up his horn case, he had a bag of chicken in his hand, he set the case down and leaned over to speak with Cst. Harper. <sup>a</sup>

There was a discussion, the constable decided that Mr. Higginson was drunk and that he should not be on the highway for his own safety and he told Mr. Higginson that he was arrested, being arrested for being drunk <sup>b</sup> in a public place and he described the further conversation and his attempts to put Mr. Higginson in the car, and the difficulties he had in doing so.

Cst. Ellis drove up, the young lady came out and said, 'Why are you hitting him?' He said, 'Go back or I'll charge you . . .' and so on. Cst. Ellis asked what was going on, Cst. Harper said, 'I'm trying to get this fellow into the car', whereupon Higginson turned his face around and it was apparent that he, Higginson, at that point in time had a tooth missing and had blood on his lip. <sup>c</sup>

*Now, in my view, the events immediately prior to that moment in time are the significant events. What happened after that does not directly relate to the matter in issue. I heard a good deal of evidence as to the conduct of Mr. Higginson after that time and it is very likely that he was the author of some of his own injuries from then on.* <sup>e</sup>

Considering those events, that is to say from the moment when Cst. Harper first spoke with Mr. Higginson up to the point when he, Cst. Harper and Cst. Ellis saw the missing tooth and the blood, I look at the evidence of the other witnesses and I have had an opportunity to go carefully through all of my notes, which I took in some detail, and I find that no other witness observed the events prior to the second officer appearing on the scene. So that none of them are of any assistance with regard to that exchange and it is clear that the injuries of which Mr. Higginson complains specifically, that is, the injuries to his eye, his cheek and his tooth and mouth, took place prior to the second officer appearing. <sup>g</sup>

So what we have is a situation where Higginson suffered those injuries in a span of a minute or two or three while he was confronting Cst. Harper. Cst. Harper says he does not know how the injuries took place, he can only offer the hypothesis that they were accidental and that Higginson's face came into contact with some part of the police car because of the struggle. <sup>i</sup>

s'enquérir sur la situation de M. Higginson. Il l'a donc cherché et l'a trouvé dans la cabine de la station-service Shell. Il a fait signe à Higginson de sortir; celui-ci a ramassé son étui à cor (il tenait un sac de poulet à la main), puis il l'a posé par terre et s'est penché pour parler avec le gendarme Harper.

Il y a eu une discussion. Le gendarme a décidé que M. Higginson était ivre et que pour sa propre sécurité il ne devait pas être sur la route, donc il a dit à M. Higginson qu'il l'arrêterait, qu'il l'arrêterait pour ivresse dans un endroit public et il a décrit la conversation qui a suivi et ses tentatives de faire entrer M. Higginson dans la voiture et les difficultés qu'il a éprouvées à cet égard.

Le gendarme Ellis est arrivé, la jeune femme est sortie et lui a dit: «Pourquoi le battez-vous?» Il a dit: «Rentrez, sinon je porterai une accusation contre vous . . . » et ainsi de suite. Le gendarme Ellis a demandé ce qui se passait; le gendarme Harper lui a dit: «J'essaie de faire entrer ce gars dans la voiture», sur ce Higginson a tourné la tête et il était alors évident qu'il lui manquait une dent et qu'il avait la lèvre ensanglantée. <sup>d</sup>

*Or, à mon avis, ce sont les événements qui se sont déroulés immédiatement avant ce moment qui sont importants. Ce qui s'est passé par la suite ne se rapporte pas directement à la question litigieuse. J'ai entendu un bon nombre de témoignages sur la conduite de M. Higginson après le moment en question et il est fort probable qu'à partir de là il s'est infligé lui-même certaines de ses blessures.* <sup>f</sup>

Compte tenu de ces événements, c'est-à-dire à partir du moment où le gendarme Harper a commencé à parler avec M. Higginson jusqu'au moment où ce dernier et les gendarmes Harper et Ellis ont remarqué qu'il lui manquait une dent et qu'il était ensanglanté, compte tenu également des dépositions des autres témoins et ayant eu l'occasion d'examiner minutieusement l'ensemble de mes notes détaillées, je conclus qu'aucun autre témoin n'a vu ce qui s'est passé avant l'arrivée du second policier sur les lieux. Alors aucun d'eux ne peut nous éclairer le moins du monde sur cet échange et il est évident que M. Higginson a subi les blessures précises dont il se plaint, c'est-à-dire les blessures à l'œil, à la joue, à la dent et à la bouche, avant l'arrivée du second policier. <sup>h</sup>

Nous sommes donc en présence d'une situation où Higginson a subi ces blessures dans un espace d'au plus trois minutes alors qu'il faisait face au gendarme Harper. Ce dernier dit ne pas savoir comment les blessures ont été infligées; il avance comme seule hypothèse que c'était accidentel et que Higginson a dû se heurter le visage contre une partie de la voiture de police au cours de l'échauffourée. <sup>j</sup>

On the other side of the picture, the Crown witness Dhaliwal positively states that he saw two officers striking the victim. I do not think Mr. Dhaliwal's evidence is particularly helpful in view of the finding that I have made that the significant injuries took place prior to the second officer coming on the scene, which narrows us down to Miss Lindhout and Mr. Higginson.

I observed Miss Lindhout with great care and in my opinion, she gave her evidence with a sincere desire to describe the events precisely as they took place. Undoubtedly, she cannot remember every detail and undoubtedly some of the sequence of events may disagree with other witnesses but I am satisfied beyond any shadow of a doubt that she told the story as she saw it.

I am satisfied that she described Cst. Harper striking Mr. Higginson, honestly, and I accept her evidence. I find that Cst. Harper's denial is not credible, that notwithstanding the evidence of good character, all of which I accept, I am unable to accept his statement that he did not strike Mr. Higginson and find it a fact that he did assault Mr. Higginson as charged by striking him with his fist in the face more than once; that he had no justification for doing so and that by so striking him, he caused bodily harm. And as a result, I find Cst. Harper guilty as charged.

(The italics are my own.)

Appeals such as the present one brought pursuant to s. 618(1)(b) are limited to questions of law and it has repeatedly been held in this Court that where a "question of law" is referred to, it carries the meaning of law in the strict sense so that questions concerning a difference of opinion as to the sufficiency of the evidence are not included. In this regard reference may be had to the reasons for judgment of Chief Justice Anglin in *Gauthier v. The King*, [1931] S.C.R. 416, where he said of such an appeal as the present one [at p. 417]:

Assuming that the question, whether there was any evidence to support a conviction, should be deemed a question of law, the question whether the proper inference has been drawn by the trial judge from facts established in evidence, is really not a question of law,

Par ailleurs, le témoin à charge, Dhaliwal, déclare catégoriquement avoir vu les deux policiers frapper la victime. Compte tenu de ma conclusion que les blessures importantes ont été subies avant l'arrivée du second policier sur les lieux, je n'estime pas que le témoignage de M. Dhaliwal nous soit particulièrement utile, ce qui nous limite aux seuls témoignages de Mlle Lindhout et de M. Higginson.

J'ai observé Mlle Lindhout très attentivement et, à mon avis, elle a témoigné avec un désir sincère de décrire les événements exactement comme ils se sont déroulés. Elle ne peut sans doute pas se rappeler chaque détail; sans doute aussi que la suite des événements dans son récit ne correspond pas à certains égards au récit des autres témoins, mais je suis convaincu sans l'ombre d'un doute qu'elle a exposé les événements selon ce qu'elle a vu.

Je suis convaincu qu'elle a décrit fidèlement les coups que le gendarme Harper a portés à M. Higginson et je retiens son témoignage. Je conclus qu'il ne peut pas être ajouté foi au démenti du gendarme Harper, et malgré les témoignages sur sa bonne réputation, que j'accepte, je ne puis le croire quand il dit ne pas avoir frappé M. Higginson et je conclus qu'il a effectivement exercé contre M. Higginson les voies de fait reprochées en lui donnant plus d'un coup de poing au visage; qu'il n'avait aucun motif de le faire et qu'en le frappant de la sorte il lui a infligé des lésions corporelles. Donc en définitive, je déclare le gendarme Harper coupable de l'infraction imputée.

(Les italiques sont de moi.)

Les pourvois, comme celui dont nous sommes présentement saisis en vertu de l'al. 618(1)(b), se limitent aux questions de droit et cette Cour a réitéré en plusieurs occasions que chaque fois qu'il s'agit d'une «question de droit», cette expression se rapporte au droit au sens strict de sorte qu'elle ne comprend pas les questions nées d'une différence d'opinion quant au caractère suffisant de la preuve. On peut se référer sur ce point aux motifs de jugement du juge en chef Anglin qui, dans l'arrêt *Gauthier c. Le Roi*, [1931] R.C.S. 416, a dit au sujet d'un pourvoi comme celui-ci [à la p. 417]:

[TRADUCTION] A supposer même que la question de l'existence d'éléments de preuve pouvant fonder une déclaration de culpabilité soit considérée comme une question de droit, celle de savoir si le juge du procès a tiré la bonne conclusion des faits établis par la preuve

but purely a question of fact for his consideration.

The facts as found by the learned trial judge in the present case were expressly adopted by the Court of Appeal and the questions of law advanced on behalf of the appellant as justification in the present appeal are the following:

1. Whether the Court of Appeal for British Columbia erred in law in concluding that the Learned Trial Judge had properly directed himself on all relevant, admissible evidence, when the Reasons for Judgment of the Learned Trial Judge disclose a failure to consider relevant, admissible evidence.

2. Whether the Court of Appeal for British Columbia erred, when having found ambiguity in the Reasons for Judgment of the Learned Trial Judge, in not giving the benefit of that ambiguity to the Appellant.

3. Whether the Court of Appeal for British Columbia erred in law in concluding that as long as there was some evidence upon which the Learned Trial Judge could have convicted, it should not and could not interfere with the verdict, even where the Reasons for Judgment of the Learned Trial judge in convicting expressly disclosed a failure to consider relevant, admissible evidence at trial.

Three judges (Craig, Lambert and MacDonald J.J.A.) sat on the appeal but only Craig and Lambert delivered reasons for judgment whereas MacDonald J.A. limited himself to a concurrence. All the judgments were oral, and in the result were unanimous in dismissing the appeal.

It appears to me to be desirable to deal with the second issue raised by the appellant and in this regard it should be pointed out that there was no finding of the Court of Appeal for British Columbia as to ambiguity in the reasons for judgment of the learned trial judge. The only mention of ambiguity is to be found in the reasons for judgment of Mr. Justice Lambert where he says:

I would add also that there is, to my mind, considerable ambiguity as to what is meant by the words "prior to the second officer appearing on the scene".

When reference is had to the above quoted excerpt from the reasons for judgment of the learned trial judge it will be apparent that he considered the

est en réalité non pas une question de droit mais essentiellement une question de fait qu'il lui incombe de trancher.

<sup>a</sup> La Cour d'appel a expressément adopté les conclusions du savant juge du procès sur les faits en l'espèce et les questions de droit soulevées pour le compte de l'appellant à l'appui du présent pourvoi sont les suivantes:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] 1. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le savant juge du procès a bien pris en considération tous les éléments de preuve pertinents et recevables, lors même qu'il se dégage de ses motifs de jugement qu'il n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents et recevables?

<sup>c</sup> 2. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur lorsque, ayant conclu à l'ambiguïté des motifs de jugement du savant juge du procès, elle n'a pas accordé le bénéfice de cette ambiguïté à l'appellant?

<sup>d</sup> 3. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que s'il y avait des éléments de preuve qui auraient pu fonder une déclaration de culpabilité par le savant juge du procès, elle ne devait ni ne pouvait annuler le verdict, même lorsqu'il se dégage expressément des motifs de jugement du savant juge du procès qu'il a conclu à la culpabilité sans prendre en considération des éléments de preuve pertinents et recevables produits au procès?

<sup>e</sup> Trois juges, soit les juges Craig, Lambert et MacDonald, ont siégé en appel, mais seuls les juges Craig et Lambert ont exposé des motifs de jugement, le juge MacDonald se limitant à souscrire à l'avis de ses collègues. Les juges, qui se sont <sup>f</sup> prononcés oralement, ont été unanimes à rejeter l'appel.

<sup>g</sup> Il me paraît utile de traiter de la deuxième question soulevée par l'appellant et, à ce propos, il convient de signaler que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'a pas conclu à l'ambiguïté des motifs du savant juge du procès. La seule mention d'ambiguïté se trouve dans les motifs de jugement du juge Lambert qui a dit:

<sup>h</sup> [TRADUCTION] J'ajouterai qu'à mon avis l'ambiguïté provient du sens des mots «avant l'arrivée du second policier sur les lieux».

<sup>i</sup> Si l'on se reporte à l'extrait précité des motifs de jugement du savant juge du procès, il est évident qu'il a estimé que les événements de la soirée se

events of the evening to be divided between the period prior to the appearance of the second officer and the events which occurred after his arrival. The trial judge said of the witnesses who did not observe the prior events:

So that none of them are of any assistance with regard to that exchange and it is clear that the injuries of which Mr. Higginson complains specifically, that is, the injuries to his eye, his cheek and his tooth and mouth, took place prior to the second officer appearing.

In any event, Mr. Justice Lambert's use of the word "ambiguity" in his reasons for judgment is qualified by the second to last paragraph where he says:

... it is my opinion that any ambiguity about the disputed sentence in the reasons for judgment of the trial judge can be resolved by reference to the remainder of his judgment and the evidence that was before him.

When the reasons for judgment of the Court of Appeal are read as a whole, it will be seen that there is no finding of ambiguity in the reasons for judgment of the trial judge. As to the first and third issues raised as questions of law by the appellant, it will be observed that they are both predicated on the suggestion that the learned trial judge failed to consider the relevant admissible evidence. This appears to be based on the assumption that four of the witnesses for the appellant gave evidence which was relevant to the issue and which was completely ignored by the trial judge. The fact of the matter is, however, that none of these witnesses purported to have observed the actions of Harper and Higginson during the vital period before the arrival of Constable Ellis, which is the time when the assault is alleged to have taken place. It is furthermore of significance that although the appellant describes the witnesses called on his behalf as having testified in direct contradiction to the evidence of Lindhout and Higginson, they were actually unable to go any further than to assert that they had seen no blows delivered by Harper and none of them was able to say that no blows had been delivered at the time of which Higginson complains.

It is apparent from a review of the reasons for judgment at trial and those of the Court of Appeal

divisaient en deux parties, ceux qui se sont déroulés avant l'arrivée du second policier et ceux qui se sont déroulés après. Voici ce qu'a dit le juge du procès au sujet des témoins qui n'ont pas vu les événements antérieurs à l'arrivée du second policier.

[TRADUCTION] Alors aucun d'eux ne peut nous éclairer le moindrement sur cet échange et il est évident que M. Higginson a subi les blessures précises dont il se plaint, c'est-à-dire les blessures à l'œil, à la joue, à la dent et à la bouche, avant l'arrivée du second policier.

Quoi qu'il en soit, le juge Lambert apporte une restriction au mot «ambiguïté» qu'il emploie dans ses motifs de jugement lorsqu'il a dit à l'avant-dernier alinéa:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis qu'il suffit, pour dissiper toute ambiguïté concernant la phrase contestée dans les motifs de jugement du juge du procès, de se reporter au reste de ses motifs et à la preuve présentée devant lui.

En lisant comme un tout les motifs de la Cour d'appel, on s'aperçoit que celle-ci ne conclut pas à l'ambiguïté des motifs de jugement du juge du procès. Quant aux deux points soulevés par l'appellant comme questions de droit, on constate qu'ils reposent sur la prétention que le savant juge du procès a omis de prendre en considération la preuve pertinente et recevable. Il semble que cela se fonde sur l'hypothèse que quatre des témoins de l'appelant ont fait des dépositions pertinentes dont le juge du procès n'a absolument pas tenu compte. Il reste néanmoins qu'aucun de ces témoins n'a prétendu avoir vu les actions de Harper et de Higginson pendant la période vitale qui a précédé l'arrivée du gendarme Ellis, c'est-à-dire pendant la période où les voies de fait auraient eu lieu. Il est d'ailleurs important de souligner que, malgré la prétention de l'appellant que les témoins à décharge ont rendu un témoignage en contradiction directe avec celui de Lindhout et de Higginson, ils n'ont en fait seulement pu affirmer qu'ils n'avaient pas vu Harper donner de coups de poing et aucun d'eux n'a pu dire qu'aucun coup n'avait été donné au moment visé par la plainte de Higginson.

Il se dégage nettement d'un examen des motifs de jugement exposés en première instance et en

that any differences between the judgment and the allegations of the appellant before this Court are based upon the trial judge's assessment of the credibility of the witnesses. What we have here is a case of concurrent findings of fact based upon the trial judge's assessment of the witnesses and it has long been recognized in this Court that it is only in the rarest of cases that we will accept the responsibility as a second court of appeal of reversing such findings.

In the case of *R. v. Warner*, [1961] S.C.R. 144, the appellate division of the Supreme Court of Alberta allowed the appeal in part on the first ground that in its opinion

... the verdict of guilty of murder should be set aside on the ground that it could not be supported by the evidence, ...

As to this finding, Mr. Justice Cartwright, speaking for the majority of the Court, stated that:

So far as the judgment of the Appellate Division is based on the first ground mentioned, this Court is powerless to interfere with it. The question whether the Appellate Division was right in proceeding on this ground is not a question of law in the strict sense. It is a question of fact or, at the best from the point of view of the appellant, a mixed question of fact and law.

The position of an appellate court in such circumstances as those here disclosed is most dramatically described by Lord Shaw in *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co., Ltd.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, at p. 37:

In my opinion, the duty of an appellate Court in those circumstances is for each Judge of it to put to himself, as I now do in this case, the question, Am I—who sit here without those advantages, sometimes broad and sometimes subtle, which are the privilege of the Judge who heard and tried the case—in a position, not having those privileges, to come to a clear conclusion that the Judge who had them was plainly wrong? If I cannot be satisfied in my own mind that the Judge with those privileges was plainly wrong, then it appears to me to be my duty to defer to his judgment.

Having regard to all the above and with the greatest respect for those who may entertain a different view, I would dismiss this appeal.

appel que toute différence entre le jugement et les allégations de l'appellant en cette Cour repose sur l'appréciation de la crédibilité des témoins par le juge du procès. Il s'agit ici de conclusions de fait concordantes fondées sur l'appréciation des témoins qu'a faite le juge du procès, et cette Cour a établi depuis longtemps qu'elle n'assumera la responsabilité, en sa qualité de seconde cour d'appel, d'infirmar ces conclusions qu'en des cas rarissimes.

Dans l'affaire *R. c. Warner*, [1961] R.C.S. 144, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta avait accueilli l'appel en se fondant en partie sur le premier moyen qu'à son avis:

[TRADUCTION] ... il y a lieu d'annuler le verdict de culpabilité de meurtre pour le motif que la preuve ne le justifie pas, ...

Quant à cette conclusion, le juge Cartwright, parlant au nom de la majorité de la Cour, a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Pour autant que l'arrêt de la Division d'appel se fonde sur le premier motif mentionné, cette Cour n'a pas le droit de réformer sa décision. La question de savoir si la Division d'appel a eu raison d'invoquer ce motif n'est pas une question de droit au sens strict du mot. C'est une question de fait ou, au mieux, du point de vue de l'appellant, une question mixte de fait et de droit.

Le rôle d'une cour d'appel dans des circonstances comme celles en l'espèce est décrit de façon percutante par lord Shaw dans l'arrêt *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co., Ltd.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, à la p. 37:

[TRADUCTION] A mon avis, les juges d'une cour d'appel doivent, dans ces circonstances, se poser la question que je me pose présentement: moi qui ne puis profiter de ces avantages, parfois marqués, parfois subtils, dont bénéficie le juge qui entend la preuve et qui préside le procès, suis-je en mesure de conclure avec certitude en l'absence de ces avantages, que le juge qui en a bénéficié a commis une erreur manifeste? Si je ne puis me convaincre que le juge qui en a bénéficié a commis une erreur manifeste, il est alors de mon devoir de déférer à son jugement.

Compte tenu de tout ce qui précède et avec les plus grands égards pour ceux qui peuvent être d'avis contraire, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

*Appeal allowed, RITCHIE J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Owen-Flood,  
Turnham, Green & Higinbotham, Victoria.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney Gen-  
eral of British Columbia, Nanaimo.*

*Pourvoi accueilli, le juge RITCHIE étant  
dissident.*

*Procureurs de l'appelant: Owen-Flood, Turn-  
ham, Green & Higinbotham, Victoria.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de  
la Colombie-Britannique, Nanaimo.*

**Armand Lucier** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 15801.

1981: June 9; 1982: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Evidence — Statements against penal interest — Hearsay — Exception to the hearsay rule — Whether such statements having an inculpatory effect on the accused admissible.*

Accused was charged with arson in the burning of his house. A friend of the accused, who was severely burned and died a few days later, made two statements at the hospital to R.C.M.P. officers admitting that he had personally set the house afire and had been hired by the accused to do so. At trial, the statements were admitted into evidence and the accused convicted. An appeal was dismissed by the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

In a proper case, statements tendered on behalf of the accused and made by an unavailable person may be admitted at trial if they can be shown to have been made against the penal interest of the person making them; but such a rule could not apply to statements which have an inculpatory effect on the accused. Such statements implicating the accused robs him of the invaluable weapon of cross-examination which has always been one of the mainstays of fairness in our courts.

*R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591; *R. v. Demeter*, [1978] 1 S.C.R. 538, followed; *The Sussex Peerage* (1844), 8 E.R. 1034 (H.L.); *Teper v. The Queen*, [1952] A.C. 480, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba (1979), 1 Man. R. (2d) 182, 50 C.C.C. (2d) 535, dismissing an appeal from a judgment of Darichuk J. Appeal allowed.

*Paul Walsh*, for the appellant.

*Stuart Whitley*, for the respondent.

**Armand Lucier** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 15801.

1981: 9 juin; 1982: 26 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Preuve — Déclarations contraires à l'intérêt pénal — Oui-dire — Exception à la règle du oui-dire — Ces déclarations qui ont pour effet d'inculper l'accusé sont-elles recevables?*

L'appelant a été accusé du crime d'incendie de sa maison. Un ami de l'accusé, qui a été gravement brûlé et qui est décédé quelques jours plus tard, a fait, à l'hôpital, deux déclarations à des agents de la G.R.C. par lesquelles il admet avoir lui-même mis le feu à la maison et avoir été soudoyé à cette fin par l'accusé. Au procès, ces déclarations ont été reçues et l'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Dans un cas approprié, les déclarations présentées au nom de l'accusé et faites par une personne qu'il n'est pas possible d'assigner peuvent être reçues en preuve au procès si on peut établir qu'elles ont été faites à l'encontre de l'intérêt pénal de leur auteur; mais cette règle ne s'applique pas à des déclarations qui ont pour effet d'inculper l'accusé. Ces déclarations qui impliquent l'accusé le privent de l'arme inestimable du contre-interrogatoire qui a toujours été un des points d'appui de l'équité devant nos tribunaux.

Jurisprudence: arrêts suivis: *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591; *R. c. Demeter*, [1978] 1 R.C.S. 538; arrêts mentionnés: *The Sussex Peerage* (1844), 8 E.R. 1034 (H.L.); *Teper v. The Queen*, [1952] A.C. 480.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1979), 1 Man. R. (2d) 182, 50 C.C.C. (2d) 535, qui a rejeté un appel du jugement du juge Darichuk. Pourvoi accueilli.

*Paul Walsh*, pour l'appelant.

*Stuart Whitley*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought as of right pursuant to s. 618(1)(a) of the *Criminal Code* and is accordingly limited to the questions of law on which Mr. Justice O'Sullivan dissented in the Court of Appeal for Manitoba. The said s. 618(1)(a) reads as follows:

618. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, . . .

The grounds of appeal are referred to in the following terms in the notice of appeal to this Court:

AND FURTHER TAKE NOTICE that the grounds of the said appeal are the grounds in law set forth by The Honourable Mr. Justice O'Sullivan of the Court of Appeal for Manitoba, in his dissent from the Judgment of the said Court of Appeal for Manitoba which said grounds of dissent in law are more particularly set out in the Reasons for Judgment of the said The Honourable Mr. Justice O'Sullivan in the formal Certificate of Decision of the said Court of Appeal for Manitoba, namely:

1. THAT the learned trial Judge erred in law in permitting the introduction into evidence of a confession/statement by a deceased person accusing an accused, as an exception to the rule against hearsay evidence; and

2. THAT the learned trial Judge erred in law assuming the said confession/statement implicating the accused were admissible [*sic*], in admitting into evidence such portion of the said statement which was an accusation directed against the accused.

The appellant was convicted at trial by His Honour Judge W. Darichuk in the County Court Judges' Criminal Court for the Dauphin Judicial District on the following charge, namely:

THAT he the said ARMAND LUCIER on or about the ninth day of November in the year of our Lord one thousand, nine hundred and seventy-seven at or near the Rural Municipality of Shell River in the Dauphin Judicial District, in the Province of Manitoba, did unlawfully

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un appel de plein droit conformément à l'al. 618(1)a du *Code criminel*, restreint par conséquent aux questions de droit sur lesquelles porte la dissidence du juge O'Sullivan en Cour d'appel du Manitoba. L'alinéa 618(1)a se lit comme suit:

618. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, . . .

Les moyens d'appel sont énoncés comme suit dans l'avis d'appel à cette Cour:

[TRADUCTION] ET PRENEZ AVIS que les moyens d'appel sont les questions de droit sur lesquelles porte la dissidence de Monsieur le juge O'Sullivan de la Cour d'appel du Manitoba, laquelle dissidence sur des questions de droit est plus particulièrement énoncée dans les motifs de jugement de Monsieur le juge O'Sullivan reproduits dans la copie certifiée des minutes du jugement de ladite Cour d'appel du Manitoba, savoir:

1. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit en permettant que soit présentée en preuve une confession ou déclaration qu'a faite une personne subséquemment décédée au préjudice d'un accusé, à titre d'exception à la règle qui interdit la preuve par ouï-dire; et

2. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit, même si ladite confession ou déclaration compromettant l'accusé était recevable, en recevant en preuve la partie de ladite déclaration qui constituait une accusation portée contre l'accusé.

L'appelant a été déclaré coupable au procès par le juge W. Darichuk de la Cour de comté, Division criminelle, du district judiciaire de Dauphin, de l'infraction imputée dans l'inculpation suivante, savoir:

[TRADUCTION] QUE ledit ARMAND LUCIER a, le neuf novembre mille neuf cent soixante dix-sept ou vers cette date, dans la municipalité rurale de Shell River, district judiciaire de Dauphin, province du Manitoba, illégalement et volontairement mis le feu à un bâtiment,



ly and wilfully set fire to a building, to wit: a dwelling house, the property of Armand Lucier.

The appellant's appeal from this conviction was dismissed in a judgment of the Court of Appeal for Manitoba and it is from this judgment that the appeal is now taken on the grounds referred to above which are more fully set forth in the reasons for judgment of Mr. Justice O'Sullivan.

The facts of this case are essentially undisputed and reveal that the appellant's house was destroyed by fire at a time when he was absent from the locality and shortly after he had increased his fire insurance policy by the sum of \$20,000. The circumstances immediately preceding this fire are recounted by the appellant's friend, one Dumont, who had himself been in the house at the time of the fire with the result that he was seriously burned and upon escaping to his sister's house nearby he was ultimately removed to a hospital in Winnipeg. There he was visited by a constable of the R.C.M.P. to whom he made a statement admitting that he had personally set the house afire and that he had been hired to do so for the purpose by the appellant who had undertaken to pay him \$500 for the task. Dumont later made a further statement to another R.C.M.P. officer which was to the same effect in that he admitted responsibility for setting the fire and implicated the accused in the undertaking. Both these statements were made to persons in authority after Dumont had been duly cautioned and they were in my view contrary to his penal interest. A few days later Dumont died and it is the question of whether or not his statements should be admitted against the appellant which lies at the root of this appeal. After a careful review of the leading cases on the somewhat vexed question as to the admissibility of statements made against penal interest, the Court of Appeal concluded that the Dumont statements were admissible.

It is, of course, obvious that the account given by the policemen of what Dumont had told them was hearsay evidence and in fact it might be characterized as double hearsay in that it constituted the policemen's recollection of what the deceased said about what was said to him by the

savoir: une maison d'habitation, propriété d'Armand Lucier.

L'appel de l'appellant à l'encontre de cette déclaration de culpabilité a été rejeté dans un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba. C'est à l'encontre de cet arrêt que le pourvoi est formé pour les motifs précités que l'on trouve énoncés au complet dans les motifs de jugement du juge O'Sullivan.

Les faits en l'espèce ne sont pas vraiment contestés et révèlent que la maison de l'appellant a été détruite par un incendie alors que ce dernier était absent de la municipalité et peu de temps après qu'il eut augmenté de \$20,000 sa police d'assurance-incendie. Les circonstances qui ont précédé immédiatement cet incendie sont rapportées par un ami de l'appellant, nommé Dumont, qui se trouvait lui-même dans la maison au moment de l'incendie au cours duquel il a été gravement brûlé, avant de trouver refuge dans la maison de sa sœur située tout près et d'être admis ensuite dans un hôpital de Winnipeg. A l'hôpital, il a reçu la visite d'un agent de la G.R.C. à qui il a fait une déclaration par laquelle il admet avoir lui-même mis le feu à la maison et avoir été soudoyé à cette fin par l'appellant qui s'était engagé à lui verser \$500. Par la suite, Dumont a fait une autre déclaration au même effet à un autre agent de la G.R.C. dans laquelle il a admis qu'il était responsable de l'incendie et a compromis l'accusé dans l'affaire. Ces deux déclarations ont été faites à des personnes ayant autorité après que Dumont eut été dûment mis en garde; elles étaient à mon avis contraires à son intérêt pénal. Dumont est décédé quelques jours plus tard, et la question fondamentale en l'espèce est de savoir si ses déclarations sont recevables à l'encontre de l'appellant. Après avoir examiné attentivement les principaux arrêts portant sur la question assez controversée de la recevabilité des déclarations contraires à un intérêt pénal, la Cour d'appel a conclu que les déclarations de Dumont étaient recevables.

De fait, il est évident que le récit que les policiers ont fait de ce que Dumont leur a dit est une preuve par ouï-dire; on peut d'ailleurs le qualifier de double ouï-dire car les policiers ont relaté ce qu'une personne décédée leur a dit que l'accusé lui avait dit concernant la décision de mettre le feu.

appellant concerning the lighting of the fire. The rule against the admission of hearsay evidence has been constantly repeated over the years and is succinctly stated by Lord Norman in *Teper v. The Queen*, [1952] A.C. 480, at p. 486 where he said: <sup>a</sup>

The rule against the admission of hearsay evidence is fundamental. It is not the best evidence and it is not delivered on oath. The truthfulness and accuracy of the person whose words are spoken to by another witness cannot be tested by cross-examination, and the light which his demeanour would throw on his testimony is lost. <sup>b</sup>

*The Sussex Peerage* case, decided in 1844 <sup>c</sup> (1844), 11 Cl. and Fin. 85, 8 E.R. 1034 (H.L.), recognized an exception to the hearsay rule in respect of a statement made by a deceased person against his pecuniary interest, but this exception did not apply to a statement against penal interest. <sup>d</sup> The advisability of extending the application of the exception to declarations against penal interest has been debated in a number of cases and by Wigmore in his text on evidence (5 Wigmore, *Evidence*, 3rd ed., paras. 1476 and 1477). However, the matter has been determined in this Court in *R. v. O'Brien*, [1978] 1 S.C.R. 591. Dickson J., who delivered the judgment of the Court, said at p. 599: <sup>e</sup>

The effect of the rule in *The Sussex Peerage* case, as it has been generally understood, is to render admissible a statement by a deceased that he had received payment of a debt from another or that he held a parcel of land as tenant and not as owner, but to render inadmissible a confession by a deceased that he and not someone else was the real perpetrator of the crime. The distinction is arbitrary and tenuous. There is little or no reason why declarations against penal interest and those against pecuniary or proprietary interest should not stand on the same footing. A person is as likely to speak the truth in a matter affecting his liberty as in a matter affecting his pocketbook. For these reasons and the ever-present possibility that a rule of absolute prohibition could lead to grave injustice I would hold that, in a proper case, a declaration against penal interest is admissible according to the law of Canada; the rule as to absolute exclusion of declarations against penal interest, established in *The Sussex Peerage* case, should not be followed. <sup>f</sup>

La règle de la non-recevabilité de la preuve par ouï-dire a été constamment répétée au cours des ans et lord Norman l'a énoncée en peu de mots dans l'arrêt *Teper v. The Queen*, [1952] A.C. 480 à la p. 486:

[TRADUCTION] La règle de la non-recevabilité des preuves par ouï-dire est fondamentale. Ce n'est pas la meilleure preuve et elle n'est pas produite sous serment. La véracité et l'exactitude des propos d'une personne qui sont rapportés par un autre témoin ne peuvent être vérifiées par contre-interrogatoire, et l'on perd toute possibilité de tirer du comportement du témoin certains indices qui pourraient éclairer son témoignage.

L'affaire *The Sussex Peerage* jugée en 1844 (1844), 11 Cl. and Fin. 85, 8 E.R. 1034 (H.L.), a admis une exception à la règle de l'ouï-dire à l'égard d'une déclaration faite par une personne décédée ultérieurement contre son intérêt pécuniaire, mais cette exception ne s'appliquait pas à une déclaration contraire à un intérêt pénal. La question de savoir s'il convient d'étendre l'application de l'exception aux déclarations contraires à un intérêt pénal a été discutée dans de nombreuses décisions et par Wigmore dans son traité sur la preuve (5 Wigmore, *Evidence*, 3<sup>e</sup> éd., par. 1476 et 1477). La question a cependant été tranchée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. O'Brien*, [1978] 1 R.C.S. 591. Le juge Dickson, qui a rendu l'arrêt de la Cour, dit à la p. 599: <sup>g</sup>

Selon la règle établie par *The Sussex Peerage*, telle qu'ordinairement perçue, la déclaration par une personne subséquemment décédée qu'un tiers lui a remboursé une dette ou qu'elle détient une partie d'un terrain à titre de locataire et non de propriétaire est recevable en preuve, tandis qu'il en est autrement de l'aveu par une personne subséquemment décédée qu'elle, et non un autre, a réellement commis le crime. La distinction est arbitraire et subtile. Rien à proprement parler ne justifie de faire une distinction entre les déclarations contraires à un intérêt pénal et celles contraires à un intérêt pécuniaire. Une personne dira vraisemblablement la vérité si sa liberté, aussi bien que son portefeuille est en cause. Pour ces motifs et vu la possibilité omniprésente qu'une interdiction absolue puisse entraîner de graves injustices, je suis d'avis que, dans un cas approprié, une déclaration contraire à un intérêt pénal est recevable en preuve en droit canadien; la règle relative à l'exclusion absolue des déclarations contraires à un intérêt pénal, établie par *The Sussex Peerage*, ne doit pas être suivie. <sup>h</sup>

In *R. v. Demeter* (1975), 10 O.R. (2d) 321, the Ontario Court of Appeal, while not deciding the issue of the admissibility of declarations against penal interest, did enunciate the principles which would have to apply to determine if a statement <sup>a</sup> alleged to be against penal interest could be admitted. On the appeal to this Court, [1978] 1 S.C.R. 538, it was stated at p. 545 that the principles enunciated by the Court of Appeal would be a <sup>b</sup> valuable guide if this Court decided that declarations against penal interest were not, *per se*, inadmissible. Those principles are as follows [at p. 544]:

1. The declaration would have to be made to such a <sup>c</sup> person and in such circumstances that the declarant should have apprehended a vulnerability to penal consequences as a result. In *Sussex Peerage* the Lord Chancellor would not have admitted the declaration in any event of the rule because it was made to the declarant's <sup>d</sup> son. In ordinary circumstances where a declaration is made for instance to an unestranged son, wife or mother, the psychological assurance of reliability is lacking because of [*sic*] risk of penal consequences is not real and the declarant may have motives such as a desire <sup>e</sup> for self-aggrandizement or to shock which makes the declaration unreliable.

2. The vulnerability to penal consequences would have to be not remote.

3. "... the declaration sought to be given in evidence <sup>f</sup> must be considered *in its totality*. If upon the whole tenor the weight is in favour of the declarant, it is not against his interest": *Re Van Beelen*, p. 208; *R. v. Agawa* (1975) 11 O.R. (2d) 176.

4. In a doubtful case a Court might properly consider <sup>g</sup> whether or not there are other circumstances connecting the declarant with the crime and whether or not there is any connection between the declarant and the accused.

5. The declarant would have to be unavailable by <sup>h</sup> reason of death, insanity, grave illness which prevents the giving of testimony even from a bed, or absence in a jurisdiction to which none of the processes of the Court extends. A declarant would not be unavailable in the circumstances that existed in *R. v. Agawa*.

Having regard to the judgment of this Court in the *Demeter* and *O'Brien* cases, it must now be recognized that in a proper case, statements <sup>i</sup> tendered on behalf of the accused and made by an unavailable person may be admitted at trial if they

Dans l'arrêt *R. v. Demeter* (1975), 10 O.R. (2d) 321, la Cour d'appel de l'Ontario, bien qu'elle ne se soit pas prononcée sur la question de la recevabilité des déclarations contre un intérêt pénal, a <sup>a</sup> énoncé les principes qui devraient s'appliquer pour décider s'il y a lieu de recevoir en preuve une déclaration qui serait contraire à un intérêt pénal. En appel à cette Cour, [1978] 1 R.C.S. 538, on dit <sup>b</sup> à la p. 545 que les principes qu'a énoncés la Cour d'appel seraient des points de référence précieux si cette Cour décidait que les déclarations contraires à un intérêt pénal n'étaient pas irrecevables en elles-mêmes. Les voici [à la p. 544]:

[TRADUCTION] 1. La déclaration doit avoir été faite à <sup>c</sup> une personne et dans des circonstances telles que le déclarant craigne qu'elle ait des conséquences pénales. Dans *The Sussex Peerage*, le lord chancelier aurait, de toute manière, jugé la déclaration irrecevable parce <sup>d</sup> qu'elle avait été faite au fils du déclarant. Dans des circonstances ordinaires, lorsque la déclaration est faite, par exemple, à un fils, à une épouse ou à une mère avec qui le déclarant est toujours lié, l'assurance psychologique de la véracité de la déclaration fait défaut puisque le <sup>e</sup> risque de conséquences pénales n'est pas réel et que le déclarant a pu être poussé par un désir de se valoriser ou de choquer, ce qui retire à la déclaration sa crédibilité.

2. Les conséquences pénales auxquelles s'expose le déclarant ne doivent pas être lointaines.

3. «... la déclaration que l'on cherche à présenter en <sup>f</sup> preuve doit être considérée *dans son ensemble*. Si dans sa portée elle paraît favoriser le déclarant, elle ne va pas à l'encontre de son intérêt»: *Re Van Beelen*, à la p. 208; *R. v. Agawa* (1975) 11 O.R. (2d) 176.

4. Dans un cas ambigu, le tribunal pourra examiner <sup>g</sup> s'il existe d'autres circonstances associant le déclarant au crime et s'il existe un lien entre le déclarant et l'accusé.

5. Le déclarant doit être dans l'impossibilité de se <sup>h</sup> présenter pour cause de décès, d'aliénation mentale, de maladie grave qui l'empêche de témoigner, même alité, ou du fait qu'il se trouve dans un ressort sur lequel la cour n'a aucune juridiction. Un déclarant serait considéré <sup>i</sup> comme disponible dans les circonstances de *R. v. Agawa*.

Compte tenu des arrêts de cette Cour dans les affaires *Demeter* et *O'Brien*, il faut maintenant <sup>j</sup> reconnaître que, dans un cas approprié, les déclarations présentées au nom de l'accusé et faites par une personne qu'il n'est pas possible d'assigner

can be shown to have been made against the penal interest of the person making them; but neither the two cases to which I have just referred nor any of the wealth of authorities cited in the courts below apply such a rule to statements which have an inculpatory effect on the accused. On the contrary, wherever such statements have been admitted it will be found that they have an exculpatory effect. The difference is a very real one because a statement implicating the accused in the crime with which he is charged emanating from the lips of one who is no longer available to give evidence robs the accused of the invaluable weapon of cross-examination which has always been one of the mainstays of fairness in our courts.

In the present case the statements made by Dumont which were tendered by the prosecutor are obviously inculpatory of the appellant and in my opinion this is not a "proper case" for admitting them so that the learned trial judge did err in permitting their introduction into evidence and I would accordingly allow this appeal on the first ground specified in the Notice of Appeal, quash the conviction and direct a new trial in accordance with the alternative relief sought by the appellant.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Walsh, Prober, Yard, Gutkin, McManus, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

peuvent être reçues en preuve au procès si on peut établir qu'elles ont été faites à l'encontre de l'intérêt pénal de leur auteur; mais ni les deux arrêts que je viens de mentionner, ni la profusion d'arrêts cités devant les cours d'instance inférieure n'appliquent cette règle à des déclarations qui ont pour effet d'inculper l'accusé. Au contraire, chaque fois que des déclarations de ce genre ont été reçues en preuve, on remarque qu'elles tendaient à le disculper. La différence est très importante parce qu'une déclaration qui implique l'accusé dans le crime dont il est inculqué et qui émane d'une personne qui ne peut plus venir témoigner prive l'accusé de l'arme inestimable du contre-interrogatoire qui a toujours été un des points d'appui de l'équité devant nos tribunaux.

En l'espèce, il est évident que les déclarations qu'a faites Dumont et que la poursuite a présentées tendent à inculper l'appellant et, à mon avis, il ne s'agit pas d'un cas approprié où les recevoir en preuve. Le savant juge du procès a donc commis une erreur en permettant qu'elles soient produites en preuve. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi sur le premier moyen énoncé dans l'avis d'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès conformément au remède subsidiaire que demande l'appellant.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appellant: Walsh, Prober, Yard, Gutkin, McManus, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

**Herbert M. Langille and Leon M. Langille,  
carrying on business under the firm name and  
style of H & L Langille Enterprises  
*Appellants;***

and

**The Toronto-Dominion Bank *Respondent.***

File No.: 16441.

1981: June 22; 1982: January 26.

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

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

*Bankruptcy — Petition in bankruptcy — Petition for  
the appointment of an interim receiver — Whether  
partnership considered “individuals” engaged solely in  
farming — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2,  
25, 28, 30.*

Appellants were engaged in dairy farming as a regis-  
tered partnership. Respondent filed against them a peti-  
tion in bankruptcy under s. 25 of the *Bankruptcy Act*  
and applied under s. 28 for the appointment of an  
interim receiver. Based upon the provisions of s. 30,  
appellants objected to the appointment contending that  
they were “individuals” engaged solely in farming and  
that s. 28 did not apply to them. This objection was not  
sustained in the trial court and appellants’ appeal to the  
Appeal Division was dismissed.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Section 30 did not preclude a creditor from filing a  
petition in bankruptcy and applying for the appointment  
of an interim receiver in respect of a debtor which is a  
partnership, even though the partnership is engaged  
solely in the business of farming. The deliberate decision  
by Parliament in 1949 to delete the word “persons”—  
used in s. 7 (now s. 30) of the 1927 *Bankruptcy Act* and  
defined so as to include a partnership—from s. 30 and  
its replacement by the word “individuals” manifested a  
clear intention that the protection of the section would  
only be afforded to those who engaged solely in the  
occupation of farming as individual operators.

*Re Witchekan Lake Farms Ltd.* (1974), 50 D.L.R.  
(3d) 314; *D.R. Fraser & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1949]  
A.C. 24, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme  
Court of Nova Scotia, Appeal Division (1981), 43

**Herbert M. Langille et Leon M. Langille,  
faisant affaires sous les nom et raison sociale  
H & L Langille Enterprises *Appellants;***

<sup>a</sup> et

**La Banque Toronto-Dominion *Intimée.***

N° du greffe: 16441.

<sup>b</sup> 1981: 22 juin; 1982: 26 janvier.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA DIVISION D’APPEL DE LA COUR  
SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Faillite — Pétition en faillite — Requête pour la  
nomination d’un séquestre intérimaire — La société en  
nom collectif est-elle «des particuliers» s’occupant  
exclusivement d’agriculture? — Loi sur la faillite,  
S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2, 25, 28, 30.*

Les appelants exploitent une ferme laitière en société  
en nom collectif. L’intimée a déposé une pétition en  
faillite en vertu de l’art. 25 de la *Loi sur la faillite* et a  
demandé, en vertu de l’art. 28, la nomination d’un  
séquestre intérimaire. Se fondant sur les dispositions de  
l’art. 30, les appelants se sont opposés à la nomination  
d’un séquestre intérimaire en faisant valoir qu’ils sont  
des «particuliers» s’occupant exclusivement d’agriculture  
et que l’art. 28 ne leur est pas applicable. Cette excep-  
tion n’a pas été maintenue en première instance et  
l’appel des appelants à la Division d’appel a été rejeté.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

L’article 30 n’empêche pas un créancier de déposer  
une pétition en faillite et de demander la nomination  
d’un séquestre intérimaire à l’égard d’un débiteur qui est  
une société en nom collectif, même si la société en nom  
collectif s’occupe exclusivement d’une exploitation agri-  
cole. La décision arrêtée par le Parlement en 1949 de  
supprimer à l’art. 30 le mot «personnes», employé à l’art.  
7 (maintenant l’art. 30) de la *Loi sur la faillite* de 1927  
et dont la définition comprenait la société en nom  
collectif, et de le remplacer par le mot «particuliers»  
témoigne de l’intention évidente que la protection de cet  
article ne soit accordée qu’aux particuliers s’occupant  
exclusivement d’agriculture.

Jurisprudence: *Re Witchekan Lake Farms Ltd.*  
(1974), 50 D.L.R. (3d) 314; *D.R. Fraser & Co. Ltd. v.*  
*M.N.R.*, [1949] A.C. 24.

<sup>j</sup> POURVOI à l’encontre d’un arrêt de la Division  
d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse

N.S.R. (2d) 608, 81 A.P.R. 608, 37 C.B.R. (N.S.) 35, dismissing an appeal from an interlocutory decision of Glube J. Appeal dismissed.

*Stewart McInnes, Q.C.*, for the appellants.

*W. L. MacInnes* and *B. L. MacLellan*, for the respondent.

The judgement of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal is from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia Appeal Division (1981), 43 N.S.R. (2d) 608, which sustained a judgment in chambers in the Trial Division, in *Bankruptcy*, which decided that the respondent was not prevented from applying for the appointment of an interim receiver pursuant to s. 28 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3 (“the Act”) by reason of the operation of s. 30 of the Act. Section 30 provides as follows:

30. Sections 25 to 28 do not apply to individuals engaged solely in fishing, farming or the tillage of the soil or to any individual who works for wages, salary, commission or hire at a rate of compensation not exceeding twenty-five hundred dollars per year and who does not on his own account carry on business.

The appellants, Herbert M. Langille and Leon M. Langille, are engaged in the business of dairy farming at Brooklyn, Annapolis County, Nova Scotia, the business being carried on by them under the firm name and style of H & L Langille Enterprises, which is a registered partnership. Loans were made by the respondent to the partnership. As of August 5, 1980, according to the petition in bankruptcy, the total indebtedness to the respondent was \$1,038,092.81. On that date, the respondent filed a petition in bankruptcy which read, in part:

We, The Toronto-Dominion Bank, one of the Chartered Banks of Canada, carrying on business at Halifax, in the County of Halifax and Province of Nova Scotia, hereby petition the Court that the partnership of Herbert M. Langille and Leon M. Langille, carrying on business under the firm name and style of H & L Langille Enterprises, a registered partnership, be judged bankrupt and that a Receiving Order be made in respect

(1981), 43 N.S.R. (2d) 608, 81 A.P.R. 608, 37 C.B.R. (N.S.) 35, rejetant l’appel formé à l’encontre de l’appel d’une décision interlocutoire du juge Glube. Pourvoi rejeté.

<sup>a</sup> *Stewart McInnes, c.r.*, pour les appelants.

*W. L. MacInnes* et *B. L. MacLellan*, pour l’intimée.

<sup>b</sup> Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>c</sup> LE JUGE MARTLAND—Le présent pourvoi attaque un arrêt de la Division d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1981), 43 N.S.R. (2d) 608, qui a confirmé le jugement en chambre de la Division de première instance, en faillite, qui a décidé que l’intimée n’était pas empêchée, en raison de l’application de l’art. 30 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3 («la Loi»), de demander la nomination d’un séquestre intérimaire conformément à l’art. 28 de la Loi. L’article 30 se lit:

<sup>e</sup> 30. Les articles 25 à 28 ne s’appliquent pas aux particuliers s’occupant exclusivement de pêche, d’agriculture ou de culture du sol, ni à un particulier qui travaille pour un salaire, un traitement, une commission ou des gages, ne dépassant pas deux mille cinq cents dollars par année et qui n’exerce pas un commerce pour son propre compte.

<sup>f</sup> Les appelants, Herbert M. Langille et Leon M. Langille, exploitent une ferme laitière à Brooklyn, comté d’Annapolis (Nouvelle-Écosse), sous les nom et raison sociale H & L Langille Enterprises, qui est une société en nom collectif enregistrée. L’intimée a accordé des prêts à la société. En date du 5 août 1980, selon la pétition en faillite, le montant total de la dette due à l’intimée était de \$1,038,092.81. A cette date, l’intimée a déposé une pétition en faillite dont voici un extrait:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] Nous, la Banque Toronto-Dominion, une banque à charte du Canada, faisant des affaires à Halifax, comté d’Halifax (Nouvelle-Écosse) demandons par les présentes à la Cour que la société en nom collectif de Herbert M. Langille et Leon M. Langille, faisant des affaires sous les nom et raison sociale H & L Langille Enterprises, une société en nom collectif enregistrée, soit déclarée faillie et qu’une ordonnance de

of the property of Herbert M. and Leon M. Langille, carrying on business under the firm name and style of H & L Langille Enterprises, . . .

The petition alleged that the appellants had committed acts of bankruptcy within the six months next preceding the date of the filing of the petition.

The petition was filed pursuant to s. 25(1) of the Act which provides:

25. (1) Subject to this section, one or more creditors may file in court a petition for a receiving order against a debtor if, and if it is alleged in the petition that,

(a) the debt or debts owing to the petitioning creditor or creditors amount to one thousand dollars, and

(b) the debtor has committed an act of bankruptcy within six months next preceding the filing of the petition.

A "creditor" is defined in s. 2 of the Act as meaning a person having a provable claim; a "debtor" is defined as including an insolvent "person" and any "person" who at the time an act of bankruptcy was committed by him resided or carried on business in Canada.

The word "person" is defined as follows:

"person" includes a partnership, an unincorporated association, a corporation, a cooperative society or organization, the successors of such partnership, association, corporation, society or organization, and the heirs, executors, administrators or other legal representative of a person, according to the law of that part of Canada to which the context extends;

At the same time that it filed the petition in bankruptcy, the respondent applied for the appointment of an interim receiver pursuant to s. 28(1) of the Act. That section provides as follows:

28. (1) The court may, if it is shown to be necessary for the protection of the estate, at any time after the filing of a petition and before a receiving order is made, appoint a licensed trustee as interim receiver of the property of the debtor or of any part thereof and direct him to take immediate possession thereof upon such undertaking being given by the petitioner as the court may impose as to interference with the debtor's legal

séquestre soit rendue à l'égard des biens de Herbert M. et Leon M. Langille, qui font des affaires sous les nom et raison sociale H & L Langille Enterprises, . . .

La pétition fait valoir que les appelants ont commis des actes de faillite dans les six mois qui précèdent le dépôt de la pétition.

La pétition a été déposée conformément au par. 25(1) de la Loi qui se lit:

25. (1) Sous réserve du présent article, un ou plusieurs créanciers peuvent déposer au tribunal une pétition en vue d'une ordonnance de séquestre contre un débiteur

a) si, et si la pétition allègue que, la dette ou les dettes envers le créancier ou les créanciers pétitionnaires s'élèvent à mille dollars, et

b) si, et si la pétition allègue que, le débiteur a commis un acte de faillite dans les six mois qui précèdent le dépôt de la pétition.

Suivant l'art. 2 de la Loi, un «créancier» signifie une personne ayant une réclamation prouvable; le terme «débiteur» comprend une «personne» insolvable et toute «personne» qui, à l'époque où elle a commis un acte de faillite, résidait au Canada ou y poursuivait des affaires.

Le mot «personne» est défini comme suit:

«personne» comprend une société en nom collectif, une association non constituée en corporation, une corporation, une société ou organisation coopérative, les successeurs de pareille société en nom collectif, association, corporation, société ou organisation, ainsi que les héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs ou tout autre représentant légal d'une personne, conformément à la loi de la partie du Canada à laquelle s'étend le contexte;

En même temps qu'elle a déposé la pétition en faillite, l'intimée a demandé la nomination d'un séquestre intérimaire conformément au par. 28(1) de la Loi. Ce paragraphe se lit comme suit:

28. (1) S'il est démontré que la chose est nécessaire pour la protection de l'actif, le tribunal peut, à tout moment après la production d'une pétition, et avant qu'une ordonnance de séquestre ait été rendue, nommer un syndic autorisé comme séquestre intérimaire des biens du débiteur, ou de toute partie de ces biens, et lui enjoindre d'en prendre possession, dès que le pétitionnaire aura donné l'engagement que peut imposer le

rights and as to damages in the event of the petition being dismissed.

At the hearing of the respondent's application, the appellants raised a preliminary objection to the appointment of an interim receiver based upon the provisions of s. 30 of the Act, previously cited. It was contended that they were "individuals" engaged solely in farming and that, in consequence, s. 28 of the Act did not apply to them. This objection was not sustained in the trial court and the appellants' appeal to the Appeal Division was dismissed, Jones J.A. dissented.

In order to interpret the meaning of s. 30, it is necessary to consider the prior history of that section. Section 7 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1927, c. 11 provided that:

7. The provisions of this Part shall not apply to wage-earners or to persons engaged solely in farming or the tillage of the soil.

Part I of that Act, which included s. 7, also included the provisions equivalent to ss. 25 and 28 of the present Act. A "person" was defined in that Act as including a firm or partnership and an unincorporated association of persons. It also included a corporation incorporated under an Act of the Parliament of Canada, or of any of the provinces of Canada.

A new *Bankruptcy Act* was enacted in 1949, 1949 (Can.) (2nd. Sess.), c. 7, which repealed and replaced the earlier Act. Section 7 of the earlier Act, cited above, was replaced by s. 25, which was in the same terms as s. 30 of the present Act. In the result, Parliament, in relation to farming, deleted the word "persons" and replaced it with the word "individuals", while at the same time making the section applicable to individuals engaged in fishing.

As noted above, the word "person" in the 1927 Act was defined so as to include a firm or partnership. The word "individual" in the 1949 Act was not defined.

tribunal relativement à une ingérence dans les droits du débiteur et aux dommages qui peuvent être subis, si la pétition est renvoyée.

À l'audition de la requête de l'intimée, les appelants ont opposé une exception préliminaire à la nomination d'un séquestre intérimaire en se fondant sur les dispositions de l'art. 30, précité, de la Loi. Ils ont fait valoir qu'ils sont des «particuliers» s'occupant exclusivement d'agriculture et que, par conséquent, l'art. 28 de la Loi ne leur est pas applicable. Cette exception n'a pas été maintenue en première instance et l'appel des appelants à la Division d'appel a été rejeté; le juge Jones a rédigé des motifs dissidents.

Afin d'interpréter le sens de l'art. 30, il importe d'examiner les dispositions qui ont précédé cet article. L'article 7 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1927, chap. 11 se lisait:

7. Les dispositions de la présente partie ne doivent s'appliquer ni aux salariés ni aux personnes s'occupant exclusivement d'agriculture ou de culture du sol.

La Partie I de la Loi, où se trouvait l'art. 7, comprenait également les dispositions équivalentes aux art. 25 et 28 de la Loi actuelle. Le terme «personne» défini dans la Loi s'appliquait à une firme ou une société et à une association de personnes non constituée en corporation. Il s'appliquait en outre à une compagnie constituée en corporation en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou d'une province canadienne.

Une nouvelle *Loi sur la faillite*, adoptée en 1949, 1949 (Can.) (2e Sess.), chap. 7, abrogeait et remplaçait l'ancienne loi. L'article 7, précité, de l'ancienne loi a été remplacé par l'art. 25, rédigé suivant les termes de l'art. 30 de la Loi actuelle. En définitive, relativement à l'agriculture, le législateur a supprimé le mot «personnes» et l'a remplacé par le mot «particuliers»; il a en même temps prévu que cet article s'appliquait aux particuliers s'occupant de la pêche.

Comme je l'ai dit, le mot «personne» dans la Loi de 1927 s'appliquait à une firme ou une société. La Loi de 1949 n'a pas défini le terme «particulier».



In the case of *Re Witchekan Lake Farms Ltd.* (1974), 50 D.L.R. (3d) 314, the Saskatchewan Court of Appeal had to consider whether a corporation carrying on the business of farming was entitled to the protection of s. 30. Chief Justice Culliton, who delivered the judgment of the Court, after dealing with the changes effected by the 1949 Act, referred to the words of Lord Macmillan, in delivering the judgment of the Judicial Committee of the Privy Council in *D. R. Fraser & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1949] A.C. 24, at p. 33:

When an amending Act alters the language of the principal statute, the alteration must be taken to have been made deliberately.

Chief Justice Culliton, at p. 315, went on to say: I think the principle stated by Lord Macmillan applies here. When Parliament substituted "individuals" for "persons", it did so deliberately. If Parliament intended that "individuals" be given the same meaning as "persons", then there would have been no purpose in Parliament altering the law. I am satisfied that, in altering the section as it did, Parliament intended to change the law by making more restrictive the application of s. 30 than had been the situation when the word "persons" was used and effect must be given to this change.

I agree with this reasoning. While the words of Lord Macmillan refer to an amendment to a principal statute, they apply, with at least equal force, to the situation in which an existing statute is completely replaced by a new statute.

Under the provisions of the earlier statute, the words "persons engaged solely in farming" when read with the definition of "person" made s. 7 applicable to a partnership or corporation engaged solely in farming. The effect of the definition of the word "person" in the Act is to provide that where that word is used in the Act, in addition to its ordinary meaning, it shall also include certain business associations of two or more individuals, in the form of a partnership, an unincorporated association, a corporation or a cooperative society or organization. If the word "persons" had continued to be used in s. 30, as it had been used in s. 7 of the 1927 Act, then s. 30 would apply to partnerships, unincorporated associations, corporations, or cooperative societies or organizations engaged solely in

Dans l'affaire *Re Witchekan Lake Farms Ltd.* (1974), 50 D.L.R. (3d) 314, la Cour d'appel de la Saskatchewan devait examiner si une corporation exploitant une ferme pouvait invoquer la protection de l'art. 30. Le juge en chef Culliton, qui a rendu le jugement de la Cour, a examiné les modifications apportées par la Loi de 1949 et a cité les termes qu'a employés lord Macmillan, qui a rendu le jugement du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *D. R. Fraser & Co. Ltd. v. M.N.R.*, [1949] A.C. 24, à la p. 33:

[TRADUCTION] Lorsqu'une loi modificative change les termes de la loi principale, il faut considérer que la modification a été faite intentionnellement.

Le juge en chef Culliton a ajouté, à la p. 315: [TRADUCTION] J'estime que le principe énoncé par lord Macmillan s'applique en l'espèce. Lorsque le législateur a remplacé le mot «personnes» par «particuliers», il l'a fait intentionnellement. Si le législateur avait voulu donner au terme «particuliers» le même sens que le terme «personnes», il n'aurait pas eu de raison de modifier la loi. Je suis convaincu qu'en modifiant cet article comme il l'a fait, le législateur a voulu modifier la loi en restreignant l'application de l'art. 30 par rapport à ce qu'il était lorsque le terme «personnes» était employé, et il y a lieu de donner effet à cette modification.

Je souscris à ces motifs. Les termes qu'emploie lord Macmillan se rapportent à la modification d'une loi principale, mais ils s'appliquent avec au moins autant de vigueur à la situation dans laquelle une loi existante est entièrement remplacée par une loi nouvelle.

En vertu des dispositions de l'ancienne loi, l'expression «personnes s'occupant exclusivement d'agriculture», rapprochée de la définition de «personnes», rendait l'art. 7 applicable à une société ou une corporation s'occupant exclusivement d'agriculture. La définition du terme «personne» dans la Loi a pour effet de prescrire que ce terme doit comprendre, outre son sens ordinaire, certaines associations commerciales formées d'au moins deux particuliers regroupés en société en nom collectif, en association non constituée en corporation, en corporation ou en société ou organisation coopérative. Si l'art. 30 avait employé le mot «personnes», comme le faisait l'art. 7 de la Loi de 1927, alors l'art 30 s'appliquerait aux sociétés en nom collectif, aux associations non constituées en cor-

farming. The deliberate decision to omit the word "persons" from s. 30 and its replacement by the word "individuals" to me manifests a clear intention that, thereafter, the protection of the section would only be afforded to those who engaged solely in the occupation of fishing, farming, or the tillage of the soil as individual operators and that associations of individuals in the form of partnerships, unincorporated associations, corporations and cooperative societies or organizations would not enjoy that protection.

Counsel for the appellants laid stress on the use of the plural, "individuals", in the portion of s. 30 dealing with fishing, farming and tillage of the soil and the use of the words "any individual" in the portion of the section dealing with wage earners, etc. He adopted the view expressed by Jones J.A. in his dissenting reasons [at p. 619]:

In my view individuals do not cease to be engaged in farming as individuals merely because they are operating as a partnership whether registered or unregistered. That is the significance of the usage of the plural "individuals" in the first part of the section. Assuming a narrow interpretation of the word, partners are still engaged in farming, as individuals. Allowing that the Act recognizes partnerships, they are not separate entities apart from the individual partners for all purposes.

In the light of the legislative history of the section which is now s. 30, I would not, with respect, be prepared to construe the words "individuals engaged solely in . . . farming" as including a farming partnership. I would also refer to the reasons of Chief Justice MacKeigan who makes the point that a partnership is something different from two or more individuals engaged in a business activity [at pp. 611-12]:

In Nova Scotia a partnership is not merely two or more individuals or natural persons engaged in a business activity. The partners when becoming partners by agreement or by operation of law under the *Partnership Act* R.S.N.S. 1967, c. 224 become clothed with additional rights and duties. A partnership is (s. 3) "the relation which subsists between persons carrying on a

poration, aux corporations ou aux sociétés ou organisations coopératives s'occupant exclusivement d'agriculture. La décision arrêtée d'omettre le terme «personnes» à l'art. 30 et de le remplacer par le terme «particuliers» témoigne, à mon avis, de l'intention évidente que, dès lors, la protection de cet article ne soit accordée qu'aux particuliers s'occupant exclusivement de pêche, d'agriculture ou de culture du sol et que les associations de particuliers sous forme de sociétés en nom collectif, d'associations non constituées en corporation, de corporations ou de sociétés ou d'organismes coopératifs ne bénéficient pas de cette protection.

L'avocat des appelants a insisté sur l'emploi du pluriel, «particuliers» dans la partie de l'art. 30 qui traite de pêche, d'agriculture et de culture du sol, et sur l'emploi des mots «un particulier» dans la partie de l'article qui traite des salariés, etc. Il a adopté les motifs de dissidence du juge Jones [à la p. 619]:

[TRADUCTION] A mon avis, des particuliers ne cessent pas de s'occuper d'agriculture à titre de particuliers simplement parce qu'ils fonctionnent sous forme de société en nom collectif, qu'elle soit ou non enregistrée. C'est ce que signifie l'emploi du pluriel «particuliers» dans la première partie de cet article. Si on donne à ce terme une interprétation restrictive, des coassociés s'occupent toujours d'agriculture, à titre de particuliers. Si l'on admet que la Loi reconnaît les sociétés en nom collectif, ce ne sont pas à toutes fins des entités distinctes des particuliers associés.

Compte tenu de ce qu'était auparavant l'art. 30 actuel, je ne suis pas prêt, avec égards, à interpréter les termes «particuliers s'occupant exclusivement . . . d'agriculture» de façon qu'ils comprennent une société en nom collectif s'occupant d'agriculture. Je tiens en outre à citer les motifs du juge en chef MacKeigan qui souligne qu'une société en nom collectif diffère des particuliers qui exercent une activité commerciale [aux pp. 611 et 612];

[TRADUCTION] En Nouvelle-Écosse, une société en nom collectif n'est pas simplement deux ou plusieurs particuliers ou personnes physiques qui exercent une activité commerciale. Les coassociés, lorsqu'ils deviennent associés par contrat ou par l'effet de la loi en vertu de la *Partnership Act* R.S.N.S. 1967, chap. 224, sont investis de droits et d'obligations supplémentaires. Une

business in common, with view of profit". Joint or common property "does not of itself create a partnership" whether the owners do or do not share profits or gross returns derived from the use of the property (s. 4(a) and (b)). A partnership becomes a firm which can operate under a firm name. It owns "partnership property" (s. 22), against which execution can issue after judgment against the firm (s. 25). The rights and duties of the partners in relation to the partnership property are defined by the *Partnership Act*.

My conclusion is that s. 30 of the Act does not preclude a creditor from filing a petition in bankruptcy and applying for the appointment of an interim receiver in respect of a debtor which is a partnership, even though the partnership is engaged solely in the business of farming. I would, therefore, dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellants: Stewart McInnes, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: William L. MacInnes, Halifax.*

société en nom collectif est (art. 3) «la relation qui existe entre des personnes qui font des affaires en commun en vue de réaliser un bénéfice». La copropriété ou la copropriété avec gain de survie «ne créent pas, en elles-mêmes, une société en nom collectif», que les propriétaires partagent ou non les profits ou les recettes brutes tirés de son utilisation (al. 4a) et b)). La société en nom collectif devient une entité qui peut agir sous une raison sociale. Elle possède des «biens» (art. 22), contre lesquels peut être exécuté un jugement rendu à l'encontre de la société (art. 25). La *Partnership Act* définit les droits et les obligations des coassociés relativement aux biens de la société.

Je conclus que l'art. 30 de la Loi n'empêche pas un créancier de déposer une pétition en faillite et de demander la nomination d'un séquestre intérimaire à l'égard d'un débiteur qui est une société en nom collectif, même si la société en nom collectif s'occupe exclusivement d'une exploitation agricole. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur des appelants: Stewart McInnes, Halifax.*

*Procureur de l'intimée: William L. MacInnes, Halifax.*

**Tibor Korponay** *Appellant*;

and

**The Attorney General of Canada** *Respondent*.

File No.: 16054.

1981: October 14; 1982: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal Law — Trial — Election by accused for a trial by judge and jury — Re-election for trial by judge alone — Whether failure to comply with re-election procedure depriving court of jurisdiction — Whether an accused may waive compliance with the procedural requirements of s. 492 of the Criminal Code — Whether the accused did waive them — Waiver must be clear and unequivocal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 492.*

*Criminal law — Possession of heroin for the purpose of trafficking — Non-compliance of trial judge with s. 8 procedure of the Narcotic Control Act — Error of law — No waiver — Non-applicability of s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code — New trial ordered — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).*

Accused unsuccessfully appealed his conviction of possessing heroin for the purpose of trafficking to the Quebec Court of Appeal. The appeal to this Court was on two grounds: (1) the lack of jurisdiction in the Court of the Sessions of the Peace to try the accused due to the fact that he had not validly re-elected for a trial by judge alone and (2) the trial judge's error in convicting the accused without offering him the opportunity to address the issue of "purpose" after having made a finding that he was in possession of the narcotic in light of the provisions of s. 8 of the *Narcotic Control Act*.

*Held:* The appeal should be allowed.

A party may waive a procedural requirement enacted for his benefit. The validity of any waiver, however, is dependent upon it being clear and unequivocal, *i.e.* that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process. When considering

**Tibor Korponay** *Appellant*;

et

**Le procureur général du Canada** *Intimé*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 16054.

1981: 14 octobre; 1982: 26 janvier.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>c</sup> *Droit criminel — Procès — Choix par l'accusé d'être jugé par un juge et un jury — Nouveau choix pour un procès devant un juge sans jury — L'omission de se conformer à la procédure relative au nouveau choix prive-t-elle la cour de sa compétence? — L'accusé peut-il renoncer à ce que soient respectées les règles de procédure de l'art. 492 du Code criminel? — L'accusé a-t-il renoncé? La renonciation doit être claire et non équivoque — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 492.*

<sup>e</sup> *Droit criminel — Possession d'héroïne pour en faire le trafic — Le juge du procès n'a pas suivi la procédure établie par l'art. 8 de la Loi sur les stupéfiants — Erreur de droit — Absence de renonciation — Non-applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel — Ordonnance portant nouveau procès — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 8 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(b)(iii).*

<sup>g</sup> Ayant été déclaré coupable de possession d'héroïne pour en faire le trafic, l'accusé a fait appel, sans succès, à la Cour d'appel du Québec. Le pourvoi devant la Cour est fondé sur deux moyens, savoir: (1) la Cour des sessions de la paix n'avait pas compétence pour juger l'accusé parce qu'il n'avait pas fait un nouveau choix valide d'être jugé par un juge siégeant seul et (2) vu les dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge du procès a commis une erreur en déclarant l'accusé coupable sans lui offrir, après avoir conclu qu'il était en possession du stupéfiant, la possibilité de plaider sur la question de «l'objet» de la possession.

<sup>i</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

<sup>j</sup> Une partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit. Toutefois pour qu'une renonciation soit valide, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure.

the circumstances surrounding the present case, the trial judge was justified to believe that there had been an informed waiver by the accused through his attorney of the procedural requirements of s. 492 of the *Criminal Code*.

The second ground of appeal succeeded as the judge did not comply with the procedure set out in s. 8 of the *Narcotic Control Act*. Without valid waiver on the part of the accused, such non-compliance is fatal. The denial of an opportunity of presenting a defence will always leave the court uncertain as to what would finally be the evidence adduced had the opportunity denied been given the accused. Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* cannot apply where the provisions of s. 8 have not been complied with.

*Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64; *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426; *Brosseau v. The Queen*, [1969] S.C.R. 181; *R. v. Matheson* (1979), 13 C.R. (3d) 62; *R. v. McDonald* (1958), 120 C.C.C. 209; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Sylvain* (1974), 17 C.C.C. (2d) 323, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec dismissing the appellant's appeal from his conviction on a charge of possession of heroin for the purpose of trafficking. Appeal allowed.

*Paul Skolnick* and *Ivan Lerner*, for the appellant.

*Jacques Letellier*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The appellant, one Tibor Korponay, was found guilty of possession of 5 kilos of heroin for the purpose of trafficking (s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1) by a judge of the Sessions of the Peace, sitting in the judicial district of Montreal as a judge under Part XVI of the *Criminal Code*.

Korponay's appeal to the Quebec Court of Appeal was dismissed and he now comes to this Court on two grounds: his first ground is that, having chosen originally a trial by jury, the Court that convicted him did not have jurisdiction to do so because he had not been properly put to a

Compte tenu des circonstances en l'espèce, c'est à bon droit que le juge du procès a conclu que l'accusé, par l'intermédiaire de son avocat, avait fait une renonciation éclairée aux règles de procédure prévues par l'art. 492 du *Code criminel*.

Le second moyen d'appel doit être retenu, car le juge n'a pas suivi la procédure établie par l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. En l'absence d'une renonciation valide de la part de l'accusé, le non-respect des dispositions de l'art. 8 est fatal. Lorsque l'accusé est privé de la possibilité de présenter un moyen de défense, la cour sera toujours dans l'incertitude quant à la preuve qu'il aurait fini par apporter s'il en avait eu l'occasion. Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne peut s'appliquer lorsqu'on ne s'est pas conformé aux dispositions de l'art. 8.

Jurisprudence: *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64; *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426; *Brosseau c. La Reine*, [1969] R.C.S. 181; *R. v. Matheson* (1979), 13 C.R. (3d) 62; *R. v. McDonald* (1958), 120 C.C.C. 209; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Sylvain* (1974), 17 C.C.C. (2d) 323.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a rejeté l'appel de l'appellant contre sa déclaration de culpabilité sur une accusation de possession d'héroïne pour en faire le trafic. Pourvoi accueilli.

*Paul Skolnick* et *Ivan Lerner*, pour l'appellant.

*Jacques Letellier*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Un juge des sessions de la paix, siégeant dans le district judiciaire de Montréal en tant que juge visé par la partie XVI du *Code criminel*, a déclaré l'appellant, un nommé Tibor Korponay, coupable d'avoir eu en sa possession 5 kilos d'héroïne pour en faire le trafic (par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1).

La Cour d'appel du Québec ayant rejeté son appel, Korponay invoque deux moyens en cette Cour. Premièrement, il allègue que vu son premier choix d'être jugé par un jury, la cour qui l'a reconnu coupable n'avait pas compétence pour le faire parce qu'on ne l'avait pas dûment appelé à

re-election to the latter court under s. 492 of the *Criminal Code*; his second ground is predicated on the provisions of s. 8 of the *Narcotic Control Act* which require that the court conducting a trial for an offence contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* proceed in determining the guilt or innocence of an accused in two phases. The appellant argues that the trial judge did not proceed in compliance with the special procedure set out in s. 8, in that he did not make a finding as to possession and then give the accused an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and that, as a result, a new trial should be ordered. Appellant's first ground should not in my opinion succeed. However, as I am of the view that his second should, the issue raised by the first ground must nevertheless be decided as it is determinant of which court will have jurisdiction to hear the new trial that should in my opinion be ordered.

#### First ground

Korponay had elected, under s. 484(2) of the *Code*, to be tried by a court composed of a judge and jury. Following a preliminary inquiry he was, on September 22, 1972, committed for trial before the Superior Court of Criminal Jurisdiction.

Korponay, who was on bail, appeared before that Court on November 6, 1972, and his case was remanded from one assize to the other the last of such remands being to November 22, 1974.

However, on November 6, 1974, we find Korponay, assisted by two attorneys, appearing before the Chief Judge of another court, the Court of the Sessions of the Peace, in Montreal. The relevance of this occurrence will become apparent later. The Clerk of that Court had the Superior Court's record and, in the presence of all, including the Crown Attorney, read the charge to Korponay. What then happened is best described by reproducing here the transcript of the proceedings:

faire un nouveau choix conformément à l'art. 492 du *Code criminel*. Son second moyen est fondé sur l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* aux termes duquel la cour qui instruit un procès pour une infraction au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants* doit statuer sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé en deux étapes. L'appelant fait valoir que le juge du procès n'a pas suivi la procédure spéciale établie par l'art. 8 en ce sens qu'il n'a pas d'abord statué sur la question de la possession pour ensuite accorder à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, et que, par conséquent, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. A mon avis l'appelant ne doit pas avoir gain de cause sur son premier moyen. Toutefois, comme j'estime que le second doit être retenu, il faut trancher la question soulevée par le premier moyen, car c'est ce qui déterminera quelle cour aura compétence pour entendre le nouveau procès qui, selon moi, doit être ordonné.

#### Le premier moyen

Conformément au par. 484(2) du *Code*, Korponay a choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Le 22 septembre 1972, après une enquête préliminaire, il a été renvoyé pour subir son procès devant la Cour supérieure de juridiction criminelle.

Korponay, qui était en liberté sous caution, a comparu devant cette cour le 6 novembre 1972. Son procès a été remis à plusieurs reprises, la dernière fois au 22 novembre 1974.

Mais, le 6 novembre 1974, Korponay, assisté de deux avocats, a comparu devant le juge en chef d'une autre cour, soit la Cour des sessions de la paix, à Montréal. La pertinence de cet incident deviendra évidente plus loin. La secrétaire judiciaire de cette cour avait le dossier de la Cour supérieure et, en la présence de tous les intéressés, y compris le substitut du procureur général, elle a fait lecture de l'inculpation à Korponay. La meilleure description de ce qui s'est alors passé se trouve dans la transcription des procédures que je reproduis ci-après:

[TRANSLATION]

CASE 01-004919-72CAUSE 01-004919-72TIBOR KORPONEY

v.

THE QUEEN

BY THE CLERK:

(The charge is read)

Do you plead guilty or not guilty?

BY MR. JOEL GUBERMAN

ATTORNEY FOR THE DEFENCE:

Judge alone.

BY MR. REJEAN PAUL

ATTORNEY FOR THE CROWN:

No, what I mean is that it has already been done.

BY THE DEFENCE (MR. GUBERMAN):

It has already been done?

BY THE CROWN:

Yes, yes.

BY MR. DAVID LINETSKY

ATTORNEY FOR THE DEFENCE:

I see.

BY THE DEFENCE (MR. GUBERMAN):

I see, all right.

BY THE CROWN:

What then?

BY THE DEFENCE (MR. GUBERMAN):

Not guilty.

BY THE CROWN:

Not guilty?

BY AN UNIDENTIFIED PERSON:

No.

BY THE CROWN:

Well then, I would suggest as a date, well let's see, let us start by reading into the record the evidence made by consent. Evidence adduced on file 4921-72, that is in the cases of Fecarotta, Balsamo and Mandolia . . .

BY THE COURT (JUDGE YVES MAYRAND, J.C.S.P.):

With the exhibits also?

BY THE CROWN:

With all the exhibits in support and with their marks in 4921 . . .

BY THE COURT:

Not so fast.

BY THE CROWN:

. . . are completely read into the record of 4919 in '72 which is the present case and we wish to inform the Court that in the meantime we will be reading anew this abundant . . .

a

TIBOR KORPONEY

v.

LA REINE

PAR LA SECRÉTAIRE JUDICIAIRE:

(Lecture de l'acte d'accusation)

b

Plaidez-vous coupable ou non coupable?

PAR ME JOEL GUBERMAN

PROCUREUR DE LA DÉFENSE:

Juge seul.

PAR ME REJEAN PAUL

c

PROCUREUR DE LA COURONNE:

Non, c'est-à-dire c'est déjà fait ça.

PAR LA DÉFENSE (ME GUBERMAN):

C'est déjà fait?

d

PAR LA COURONNE:

Oui, oui.

PAR ME DAVID LINETSKY

PROCUREUR DE LA DÉFENSE:

Bon.

e

PAR LA DÉFENSE (ME GUBERMAN):

Bon, correct.

PAR LA COURONNE:

Alors?

PAR LA DÉFENSE (ME GUBERMAN):

f

Non coupable.

PAR LA COURONNE:

Non coupable?

PAR UNE PERSONNE NON IDENTIFIÉE:

Non.

g

PAR LA COURONNE:

Bon. Alors je suggérerais la date, bien voici, nous allons d'abord verser toute la preuve de consentement. La preuve recueillie dans le dossier 4921-72, soit les dossiers de Fecarotta, Balsamo et Mandolia . . .

h

PAR LA COUR (M. LE JUGE YVES MAYRAND, J.C.S.P.):

Avec les exhibits aussi?

PAR LA COURONNE:

Avec tous les exhibits au soutien et sous leurs cotes respectives dans 4921 . . .

i

PAR LA COUR:

Pas trop vite.

PAR LA COURONNE:

. . . sont versés intégralement dans 4919 en '72, qui est le présent dossier et nous déclarons à la Cour qu'en-  
tre-temps nous allons relire cette abondante . . .

BY THE COURT:

Subject to your completing.

BY THE CROWN:

... subject to our right to complete and to then close our case on January 8, 1975.

BY THE COURT:

I am asking you just one thing, is this Crown's proof?

BY THE CROWN:

Yes, yes, yes.

BY THE COURT:

Then Miss it should be specified. All of the evidence adduced by the Crown in case 4921 along with the exhibits in support thereof will serve as evidence for the Crown in this case, subject to that evidence being completed if need be ...

BY THE CROWN:

That's correct.

BY THE COURT:

... January 8, 1975.

BY THE CROWN:

Or at some other date, but in any event ...

BY THE COURT:

Is this by consent?

BY THE DEFENCE (MR. GUBERMAN):

Yes, your lordship.

BY THE COURT:

You also "*maître*"? Are you attorney of record?

BY THE DEFENCE (MR. LINETSKY):

Yes, my lord.

BY THE COURT:

Therefore inscribe the lawyer's name.

BY THE DEFENCE (MR. LINETSKY):

Me Linetsky. L-I-N-E-T-S-K-Y.

BY THE COURT:

You are from the same firm, I think, huh?

BY THE DEFENCE (MR. LINETSKY):

Yes, that's correct.

BY THE COURT:

I see.

BY THE CROWN:

Fine.

BY THE COURT:

Fine, fine.

So you'll be back January the 8th at half past nine (09h30), room five 0 seven.\*

PAR LA COUR:

Avec réserve de parfaire.

PAR LA COURONNE:

... sauf à parfaire et à clore notre preuve le huit janvier 1975.

PAR LA COUR:

Je vous demande juste une chose, c'est votre preuve de la Couronne.

PAR LA COURONNE:

Oui, oui, oui.

PAR LA COUR:

Alors il faudrait spécifier, mademoiselle. Toute la preuve de la Couronne dans le dossier 4921 avec exhibits à l'appui servira de preuve de la Couronne dans le dossier avec réserve de parfaire s'il y a lieu ...

PAR LA COURONNE:

C'est ça.

PAR LA COUR:

... le huit janvier 1975.

PAR LA COURONNE:

Ou à une autre date, mais en tout cas ...

PAR LA COUR:

Est-ce que c'est une, de consentement?

PAR LA DÉFENSE (ME GUBERMAN):

D'accord, votre seigneurie.

PAR LA COUR:

Vous aussi, maître? Vous êtes au dossier?

PAR LA DÉFENSE (ME LINETSKY):

Oui, votre seigneurie.

PAR LA COUR:

Alors mettez donc le nom de l'avocat.

PAR LA DÉFENSE (ME LINETSKY):

M<sup>e</sup> Linetsky. L-I-N-E-T-S-K-Y.

PAR LA COUR:

Vous êtes du même bureau, je pense, hein?

PAR LA DÉFENSE (ME LINETSKY):

Oui, exactement.

PAR LA COUR:

Ah bon.

PAR LA COURONNE:

Parfait.

PAR LA COUR:

Alors ça va.

[TRADUCTION] Alors vous revenez le 8 janvier à neuf heures et demie (09h30), pièce 507.

\* The judge was then speaking in English to the accused Korponay.



BY THE ACCUSED (Mr. T. Korponay)

Thank you, Your Honour.

BY THE CROWN:

Fine. Thank you.

BY MR. GUBERMAN:

Thank you, my lord.

BY THE COURT:

Very well.

(s) GRACE LIBERATORE

(s) THÉRÈSE PELLETIER

PAR L'ACCUSÉ (monsieur T. Korponay):

[TRADUCTION] Merci, votre seigneurie.

PAR LA COURONNE:

Parfait. Merci.

*a* PAR ME GUBERMAN:

Merci, votre seigneurie.

PAR LA COUR:

Très bien.

*b*

(s) GRACE LIBERATORE

(s) THÉRÈSE PELLETIER

The trial commenced on the date of that appearance before the Chief Judge by the reading into the record by consent of evidence adduced in other proceedings, against other persons involved in the events that gave rise to the charge against Korponay. The trial appears to have continued piecemeal on many occasions over the next three years. After the Crown finally closed its case, Korponay offered a defence and testified on his own behalf on May 5, 1977. On August 3 of the same year, Chief Judge Mayrand found him guilty and, on September 23, 1977 sentenced him to 14 years in the penitentiary.

It was not until October 19, 1979, some two years later, that the appellant, in a petition for a writ of *habeas corpus*, questioned for the first time since the beginning of his trial in the Court of the Sessions of the Peace that Court's jurisdiction to try him.

This appeal is not concerned with those proceedings but with the appeal from his conviction. His first ground alleges a lack of jurisdiction in the Court of the Sessions of the Peace to try him due to the fact that he had not validly re-elected for a trial by judge alone, and that the only court having jurisdiction for doing so was the court he had initially chosen, the Superior Court. Korponay says that the provisions set out in s. 492 for re-electing are mandatory, must be complied with strictly, and that substantial compliance with the provisions of that section is not sufficient to confer upon the court jurisdiction to try him.

On a commencé le procès à la date de cette comparution devant le juge en chef en versant au dossier, de consentement, la preuve présentée dans le cadre d'autres procédures contre d'autres personnes impliquées dans les événements à l'origine de l'accusation pesant contre Korponay. Le procès paraît s'être déroulé en plusieurs étapes au cours des trois années qui ont suivi. Le ministère public ayant finalement présenté sa preuve, Korponay a présenté sa défense et a témoigné pour son propre compte le 5 mai 1977. Le 3 août de la même année, le juge en chef Mayrand l'a déclaré coupable et, le 23 septembre 1977, l'a condamné à 14 ans de pénitencier.

Ce n'est que le 19 octobre 1979, soit quelque deux ans plus tard, que dans une demande de bref d'*habeas corpus*, l'appelant a, pour la première fois depuis le commencement de son procès en Cour des sessions de la paix, contesté la compétence de cette cour-là pour le juger.

Ce pourvoi ne porte pas sur ces procédures, mais sur l'appel que Korponay a formé contre sa déclaration de culpabilité. Son premier moyen allègue que la Cour des sessions de la paix n'avait pas compétence pour le juger parce qu'il n'avait pas valablement fait son nouveau choix d'être jugé par un juge siégeant seul, et que seule la cour qu'il avait choisie en premier lieu, soit la Cour supérieure, avait cette compétence. Korponay prétend que les dispositions de l'art. 492 relatives au nouveau choix sont impératives, qu'il faut s'y conformer strictement et qu'il ne suffit pas de s'y conformer en substance pour que la cour ait compétence pour le juger.

Section 492 reads as follows:

492. (1) Where an accused has elected or is deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury, the accused may notify the sheriff in the territorial division in which he is to be tried that he desires to re-elect under this section,

(a) to be tried by a judge without a jury; or

(b) if he has the consent in writing of the Attorney General or counsel acting on his behalf, to be tried by a magistrate without a jury.

(2) A sheriff who receives a notice and a consent, if required, pursuant to subsection (1) shall forthwith inform a judge or magistrate having jurisdiction and the judge or magistrate, as the case may be, shall fix a time and place for the accused to re-elect and shall cause notice thereof to be given to the accused.

(3) The accused shall attend or, if he is in custody, shall be produced at the time and place fixed under subsection (2) and shall, after the charge upon which he has been committed for trial or ordered to stand trial has been read to him,

(a) if the notice states that the accused desires to re-elect to be tried by a judge without a jury, be put to his election in the following words:

You have elected or are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. Do you now elect to be tried by a judge without a jury?;

or

(b) if the notice states that the accused desires to re-elect to be tried by a magistrate without a jury, be put to his election in the following words:

You have elected or are deemed to have elected to be tried by a court composed of a judge and jury. Do you now elect to be tried by a magistrate without a jury?

(4) Where an accused elects under this section to be tried by a judge without a jury or a magistrate without a jury, the judge or magistrate, as the case may be, shall proceed with the trial or fix a time and place for the trial.

(5) Where an accused who desires to re-elect to be tried by a judge without a jury does not notify the sheriff in accordance with subsection (1) more than fourteen days before the day fixed for the opening of the sittings or session of the court sitting with a jury by which he is to be tried, no election may be made under

L'article 492 dispose:

492. (1) Lorsqu'un prévenu a choisi ou est censé avoir choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury, il peut notifier au shérif de la circonscription territoriale où il doit subir son procès qu'il désire faire un nouveau choix, aux termes du présent article,

a) pour être jugé par un juge sans jury; ou,

b) s'il a le consentement écrit du procureur général ou du procureur agissant au nom de ce dernier, pour être jugé par un magistrat sans jury.

(2) Un shérif qui reçoit une notification et un consentement, si le consentement est requis, en conformité du paragraphe (1), doit aussitôt informer un juge ou un magistrat ayant juridiction et le juge ou le magistrat, selon le cas, doit fixer le temps et le lieu où le prévenu pourra effectuer un nouveau choix et il doit en faire donner avis au prévenu.

(3) Le prévenu doit se présenter ou s'il est sous garde être amené aux temps et lieu fixés en vertu du paragraphe (2) et, après que lecture lui a été faite de l'inculpation sur laquelle il a été renvoyé pour subir son procès ou astreint à passer en jugement, il doit,

a) si la notification indique que le prévenu désire effectuer un nouveau choix pour être jugé par un juge sans jury, être appelé à faire son choix dans les termes suivants:

Vous avez choisi ou êtes censé avoir choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Choisissez-vous maintenant d'être jugé par un juge sans jury?;

ou,

b) si la notification énonce que le prévenu désire effectuer un nouveau choix pour être jugé par un magistrat sans jury, être appelé à faire son choix dans les termes suivants:

Vous avez choisi ou êtes censé avoir choisi d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Choisissez-vous maintenant d'être jugé par un magistrat sans jury?

(4) Lorsqu'un prévenu choisit, selon le présent article, d'être jugé par un juge sans jury ou par un magistrat sans jury, le juge ou le magistrat, selon le cas, doit procéder au procès ou fixer le temps et le lieu du procès.

(5) Lorsqu'un prévenu qui désire effectuer un nouveau choix pour être jugé par un juge sans jury n'avise pas le shérif conformément au paragraphe (1) plus de quatorze jours avant la date fixée pour l'ouverture de la session de la cour siégeant avec un jury par qui il doit être jugé, aucun choix ne peut être fait aux termes du

this section unless the Attorney General or counsel acting on his behalf consents in writing.

The appellant says that no notice was given by him to the sheriff, that no notice was given him by the judge, and that he was not read the words set out in s. 492(3)(a). He concludes that, this not having been done, the judge did not have the jurisdiction to proceed to trial as he did.

All of appellant's arguments in his factum and before this Court related to whether there was or was not strict compliance with the section and were then in support of a requirement for strict compliance.

In my view there was no compliance with the section at all, not even substantial compliance, and the issue whether there must be strict or need only be substantial compliance is of no relevance to the determination of this case. What the procedures followed in this case raise as an issue is whether an accused may waive compliance with the procedural requirements set out in the section, if so, in what manner, and whether the accused in this case did waive them.

Some procedural requirements are enacted for the protection of the rights of one of the parties, Crown and accused, and others for both. A party may waive a procedural requirement enacted for his benefit, the concurrence of both being required when enacted for both. Generally speaking, the right to waive that type of procedural requirement has been recognized by all the courts, including this Court, and has been recently reaffirmed by this Court's decision as regards the waiver of a *voir dire* into the circumstances surrounding the giving of a statement by an accused to a person in authority (see *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64). Paramount to such a right is that of the trial judge to require compliance notwithstanding a desire to waive, he being the ultimate judge of what procedural safeguards need nevertheless be respected in order to protect the certainty and the integrity of the judicial process.

présent article à moins que le procureur général ou l'avocat agissant au nom de ce dernier n'y consente par écrit.

L'appelant dit qu'il n'a pas donné de notification au shérif, qu'il n'a pas reçu d'avis du juge et qu'on ne lui a pas lu la question formulée à l'al. 492(3)a). Il conclut que dans ces circonstances, le juge n'avait pas compétence pour procéder à l'instruction.

Tous les arguments que l'appelant invoque dans son mémoire et en cette Cour se rapportent à la question de savoir si l'on s'est conformé strictement à l'article, et ils tendent donc à démontrer qu'il existe une obligation de s'y conformer strictement.

A mon avis, on ne s'est aucunement conformé à l'article, même pas en substance, et la question de savoir s'il faut s'y conformer strictement ou s'il suffit de le faire en substance n'a aucune portée sur l'issue de ce pourvoi. La question soulevée par les procédures suivies en l'espèce est plutôt de savoir, d'une part, si un accusé peut renoncer à ce qu'on se conforme aux règles de procédure établies par l'article, et, dans l'affirmative, de quelle manière, et, d'autre part, si l'accusé dans cette affaire y a effectivement renoncé.

Certaines règles de procédure ont été adoptées pour la protection des droits de l'une des parties, soit le ministère public ou l'accusé, et d'autres pour la protection des deux. Une partie peut renoncer à une règle de procédure adoptée à son profit, mais une renonciation des deux parties est requise lorsque cette règle les protège ensemble. De façon générale, toutes les cours, y compris cette Cour, ont reconnu le droit de renoncer à ce type de règle de procédure, et un arrêt récent de cette Cour a de nouveau confirmé ce droit relativement à un *voir dire* sur les circonstances entourant une déclaration faite par un accusé à une personne ayant autorité (voir *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64). Mais l'exercice de ce droit est assujéti à celui du juge du procès d'imposer le respect de la règle, même si on a supprimé le désir d'y renoncer, car c'est à lui qu'il appartient en dernière analyse de déterminer les garanties de procédure qu'il faut néanmoins respecter afin de protéger la stabilité et l'intégrité du système judiciaire.

When one looks at the various cases dealing with waiver, the problem which presents itself relates to what formalities should surround a waiver before the court should accept it and give it effect, in order that it will be a bar to the party seeking to assert a non-compliance with the procedural requirement.

As a general proposition, I should like to restate here what was said by our brother Dickson J., speaking for the Court, in *Park, supra*. He was of course speaking of the waiver by counsel of a *voir dire* [at pp. 73-74]:

No particular words or formula need be uttered by defence counsel to express the waiver and admission. All that is necessary is that the trial judge be satisfied that counsel understand the matter and has made an informed decision to waive the *voir dire*. [ . . . ] Although no particular form of words is necessary the waiver must be express. Silence or mere lack of objection does not constitute a lawful waiver. The question is—does the accused indeed waive the requirement of a *voir dire* and admit that the statement is voluntary and admissible in evidence? If that question can be answered in the affirmative I cannot think that any further procedural safeguards are necessary to protect the rights of an accused person.

Indeed the Court is saying in *Park* that the validity of such a waiver, and I should add that that is so of any waiver, is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process. This has long been recognized, as is illustrated by many cases, and particularly so by those dealing with a judge's duties as regards a plea of guilty, which is the waiver by an accused of his right to put the Crown's case to the test of a trial. (See amongst others, *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426; *Brosseau v. The Queen*, [1969] S.C.R. 181). The judge's duties concerning any waiver are no different than those on a plea of guilty. The factors he will take into account in determining whether the accused has clearly and unequivocally made an informed decision to waive his rights will vary

Lorsqu'on examine les différentes décisions en matière de renonciation, le problème qui se présente est de savoir de quelles formalités une renonciation doit être assortie pour que la cour l'accepte et y donne suite, de sorte qu'elle constitue une fin de non-recevoir pour la partie qui essaie d'invoquer le non-respect de la règle de procédure.

Comme principe général, je reprends ici les propos de notre collègue, le juge Dickson, qui se prononçait au nom de la Cour, dans l'arrêt *Park*, précité. Il parlait évidemment de la renonciation au voir dire par l'avocat [aux pp. 73 et 74]:

L'avocat de la défense n'a pas besoin de prononcer de mots particuliers ni de suivre une formule spéciale pour manifester la renonciation et le consentement à la recevabilité. Il suffit que le juge du procès soit convaincu que l'avocat comprend de quoi il s'agit et qu'il a pris une décision éclairée de renoncer au voir dire. [ . . . ] Bien que ne nécessitant pas une formulation particulière, la renonciation doit tout de même être expresse. Le silence ou la simple absence d'opposition ne constitue pas une renonciation valide. La question est de savoir si l'accusé renonce effectivement à l'exigence d'un voir dire et s'il reconnaît que la déclaration est volontaire et recevable comme preuve. Si l'on peut répondre à cette question par l'affirmative, je ne puis croire à la nécessité d'autres moyens de procédure pour protéger les droits d'un accusé.

En fait, la Cour dit dans l'arrêt *Park* que si cette renonciation doit être valide, et j'ajoute qu'il en est ainsi de toute renonciation, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure. C'est un principe établi depuis longtemps, comme cela ressort d'un bon nombre d'arrêts, particulièrement ceux qui portent sur les devoirs du juge à l'égard d'un aveu de culpabilité car, en avouant sa culpabilité, l'accusé renonce à son droit de soumettre la preuve de la poursuite à l'épreuve du procès. (Voir, entre autres, *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426; *Brosseau c. La Reine*, [1969] R.C.S. 181). Les devoirs du juge en matière de renonciation ne sont pas différents de ceux qui lui incombent dans le cas d'un aveu de culpabilité. Les facteurs dont il tiendra compte pour décider si l'accusé a de façon

depending on the nature of the procedural requirement being waived and the importance of the right it was enacted to protect. However, always relevant will be the fact that the accused is or is not represented by counsel, counsel's experience, and, in my view of great importance in a country so varied as ours, the particular practice that has developed in the jurisdiction where the events are taking place.

I will now consider those principles as they apply to the procedural requirements of s. 492.

First let us look at the notice that an accused may give to the sheriff. To identify the right of the accused Parliament intended to protect through this procedure one must look at the purpose of the notice. That purpose is revealed by the fact that it creates an obligation upon the sheriff to "forthwith inform" the judge who in turn "shall fix a time and place for the accused to re-elect" and then "cause notice thereof to be given to the accused".

The right to be protected by the procedural enactment is that of the accused, wishing to re-elect, to have a timely opportunity to do so. He is entitled to have the judge informed of his wish, and thus require the judge to act under the section. An accused who has in fact acted on that opportunity cannot later complain that the notice requirement needed waiver by him as it obviously, in those circumstances, no longer had any purpose.

As for the notice that the judge must give the accused, it is to ensure that he will know where and when to attend to re-elect. An accused who does in fact agree to a time and place to attend would clearly and unequivocally be waiving that notice.

The procedural step set out in s. 492(3), requiring the use of certain words, is there to ensure that an accused is properly informed of the choice he has made and the one he now proposes to adopt. His alternatives in the case at bar would be trial by a court composed of a judge and jury, which he has formerly chosen, or trial by judge or magis-

taire et non équivoque pris une décision éclairée de renoncer à ses droits varieront en fonction de la nature de la règle de procédure en cause et de l'importance du droit qu'elle vise à protéger.

<sup>a</sup> Cependant, sont toujours pertinents la représentation ou la non-représentation de l'accusé par un avocat, l'expérience de l'avocat et, ce que j'estime être un facteur très important dans un pays qui comporte autant de diversité que le nôtre, la pratique particulière qui s'est établie dans le ressort où les événements se déroulent.

<sup>b</sup> J'aborde maintenant l'étude de l'application de ces principes aux règles de procédure contenues dans l'art. 492.

<sup>c</sup> Examinons d'abord la notification qu'un accusé peut donner au shérif. Pour déterminer le droit de l'accusé que le législateur veut protéger par cette procédure, il faut considérer l'objet de la notification. Cet objet se dégage du fait qu'il impose au shérif une obligation d'informer « aussitôt » le juge qui, lui, « doit fixer le temps et le lieu où le prévenu pourra effectuer un nouveau choix », puis « en faire donner avis au prévenu ».

<sup>d</sup> Ce que cette disposition de procédure vise à protéger est le droit de l'accusé qui désire faire un nouveau choix, d'avoir une occasion de le faire en temps utile. Il a le droit de faire informer le juge de son désir et, par ce moyen, d'exiger que le juge agisse conformément à l'article. Un accusé qui s'est effectivement prévalu de cette possibilité ne peut par la suite prétendre qu'il devait renoncer à la notification exigée, car il est évident que dans ces circonstances, elle n'a plus d'utilité.

<sup>e</sup> Quant à l'avis que le juge doit donner à l'accusé, il est prévu pour que ce dernier sache où et quand comparaître pour faire un nouveau choix. Si un accusé convient en fait du temps et du lieu, cela constitue une renonciation claire et non équivoque à cet avis.

<sup>f</sup> La procédure énoncée au par. 492(3), qui exige l'emploi de certains mots, vise à assurer qu'un accusé est bien informé du choix qu'il a fait et de celui qu'il se propose maintenant de faire. En l'espèce, l'accusé avait la possibilité soit d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury, ce qu'il avait choisi en premier lieu, soit d'être jugé

trate alone, which he then contemplated. An informed waiver must therefore be, as regards that portion of s. 492, a clear and unequivocal indication by the accused himself or through his counsel that he knows the words that the law says must be used when putting him to his re-election, that he does not require that those words be uttered to him, that he knows he was going to have a trial before a judge and jury, that he still has the right to such a trial but that he still has the right to re-elect for a trial before a judge sitting without a jury or a magistrate.

Now to apply these considerations to the facts of the present case.

The events took place in the judicial district of Montreal. Pursuant to questions by this Court at the hearing, attorney for the appellant acknowledged the existence of a practice particular to that district as regards re-election. (See: *Traité de procédure pénale*, vol. 1, 1981, by Béliveau, Bellemare and Lussier, at pp. 302-308). As appears from that book, an accused, who has elected for a trial by jury and who wishes to re-elect for a trial by judge alone, does not advise the sheriff of same but rather a particular clerk of the court who is known as being currently the person responsible for re-elections. If the re-election is to be made at a date prior to the date the accused was told to be present before the Assizes Court at his last appearance before that Court, that clerk, having been so advised by accused's counsel, arranges for an appearance before the Chief Judge of the Court of the Sessions of the Peace (or any judge replacing him for that purpose) for re-election. This is usually done in the absence of the Crown Prosecutor who is handling the case, unless there is some special reason for his being present, such as a plea of guilty followed by pre-sentence representations, or evidently unless, as in this case, the trial is to commence at that time by the reading into the record of evidence already adduced in other procedures.

That this be the practice in the judicial district of Montreal, appellant does not contest. He ques-

par un juge ou un magistrat siégeant seul, ce qu'il a envisagé par la suite. Donc, pour ce qui a trait à cette partie de l'art. 492, une renonciation éclairée doit consister en une indication claire et non équivoque de l'accusé lui-même ou par l'intermédiaire de son avocat qu'il connaît les mots qu'aux termes de la loi on doit employer lorsqu'il est appelé à faire un nouveau choix, qu'il n'exige pas que ces mots lui soient lus et qu'il sait qu'il allait être jugé par un juge et un jury, que le droit à ce type de procès lui est toujours ouvert mais qu'il a tout de même le droit de faire un nouveau choix d'être jugé par un juge siégeant sans jury ou par un magistrat.

Appliquons maintenant ces considérations aux faits de l'espèce.

Les événements se sont déroulés dans le district judiciaire de Montréal. En réponse à des questions posées par cette Cour à l'audience, l'avocat de l'appellant a reconnu l'existence d'un usage en matière de nouveau choix qui est particulier à ce district. (Voir: *Traité de procédure pénale*, t. 1, 1981, de Béliveau, Bellemare et Lussier, aux pp. 302 à 308). Comme il se dégage de cet ouvrage, un accusé qui a choisi d'être jugé par un jury et qui désire faire un nouveau choix pour être jugé par un juge siégeant seul, au lieu d'en informer le shérif en avise un greffier de la cour qui est notoirement chargé des nouveaux choix. Si le nouveau choix doit se faire avant la date de comparution de l'accusé devant la Cour d'assises, date fixée à l'occasion de sa dernière comparution devant cette cour, ce greffier, sur avis en ce sens de la part de l'avocat de l'accusé, organise une comparution devant le juge en chef de la Cour des sessions de la paix (ou devant tout juge qui le remplace à cette fin) en vue d'un nouveau choix. Cela se fait habituellement en l'absence du substitut du procureur général chargé de l'affaire, à moins qu'il n'ait une raison particulière d'être présent, par exemple un aveu de culpabilité suivi de représentations pré-sentencielles ou, évidemment, à moins que, comme en l'espèce, on ne doive commencer le procès à ce moment-là en versant au dossier la preuve déjà produite dans le cadre d'autres procédures.

Que ce soit là l'usage dans le district judiciaire de Montréal n'est nullement contesté par l'appe-

tions however the validity of that practice as not being in accordance with s. 492. In this case, the accused with his attorney, the Crown attorney and the clerk were in the Court of the Sessions of the Peace before the Chief Judge of that Court. The record, which was the Superior Court's record by virtue of the appellant's original election, had been brought to that Court and the clerk had read the charge to Korponay and asked him whether he pleaded guilty or not guilty. To that, the accused's attorney replied "judge alone". It is clear from the exchange that ensued that the Crown, and probably the court clerk, were under the mistaken impression that the accused had already re-elected to that Court and was there to commence the trial, which is what eventually happened.

It is equally clear that appellant's attorney and appellant himself were there to commence the trial before that Court and that the attorney for the appellant, being of the view, and rightly so, that there had not been a re-election, indicated to the judge in his client's name that he wanted to be tried by a judge alone. The judge had before him an attorney whose knowledge of the law and of the practice of the criminal law does not appear to be in issue. He was, in my view, amply justified in assuming, since everyone was there to proceed with the trial, that the attorney had discussed the matter with Korponay and that Korponay made an informed decision, on the advice of his attorney, to proceed to trial, not before a jury, but before that judge sitting without a jury, and that the attorney was fully authorized to do anything necessary to that end. The judge was therefore in my view amply justified in considering that the attorney's saying "judge alone" was an informed waiver of the requirement of putting to his client the words of the section. The accused's attorney knew what those words were, he knew what they meant and what effect his answer "judge alone" would have on his client's rights. Also, I should like to make my own the words of Monnin J. A. when, speaking for the majority of the Court of Appeal for Manitoba in the case of *R. v. Matheson* (1979), 13 C.R. (3d) 62, (the decision was reversed by this Court<sup>1</sup>

lant. Mais il en conteste la validité, puisque cet usage n'est pas conforme à l'art. 492. En l'espèce, l'accusé accompagné de son avocat, le substitut du procureur général et la secrétaire judiciaire se trouvaient en Cour des sessions de la paix, devant son juge en chef. On avait transmis le dossier, qui était en Cour supérieure en raison du premier choix de l'appelant, à la Cour des sessions de la paix; la secrétaire judiciaire a fait lecture de l'acte d'accusation à Korponay et lui a demandé s'il avouait ou niait sa culpabilité. A cette question, l'avocat de l'accusé a répondu «juge seul». Il se dégage nettement des propos qui ont suivi que le ministère public, et vraisemblablement la secrétaire judiciaire de la cour, croyaient à tort que l'accusé avait déjà fait un nouveau choix d'être jugé par cette cour et qu'il était présent pour commencer le procès, ce qui est finalement arrivé.

Il est évident aussi que l'avocat de l'appelant et l'appelant lui-même avaient comparu devant cette cour pour commencer le procès et que l'avocat, étant d'avis, et à juste titre, qu'il n'y avait pas eu un nouveau choix, a fait savoir au juge au nom de son client que ce dernier voulait être jugé par un juge siégeant seul. Le juge était en présence d'un avocat dont la connaissance du droit et de la procédure criminelle n'a pas été contestée. Il était bien fondé, selon moi, à présumer, vu que tout le monde était là pour commencer le procès, que l'avocat en avait discuté avec Korponay, que celui-ci avait pris une décision éclairée, fondée sur les conseils de son avocat, d'être jugé non par un jury mais par ce juge siégeant sans jury et que l'avocat avait plein pouvoir de faire tout ce qui était nécessaire à cette fin. Par conséquent, je suis d'avis que le juge était bien fondé à estimer que lorsque l'avocat a dit «juge seul», il s'agissait d'une renonciation éclairée à l'exigence de faire lecture à son client des mots contenus dans l'article. L'avocat de l'accusé connaissait ces mots; il en connaissait la signification et l'effet que sa réponse «juge seul» aurait sur les droits de son client. De plus, je fais miens les propos du juge Monnin, parlant au nom de la majorité en Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *R. v. Matheson* (1979), 13 C.R. (3d) 62, à la p. 71 (cette Cour a infirmé l'arrêt<sup>1</sup> mais pour des motifs qui ne touchent pas le passage

<sup>1</sup> [1981] 2 S.C.R. 214.

<sup>1</sup> [1981] 2 R.C.S. 214.

but for reasons irrelevant to the passage that I am quoting with approval), he said (at p. 71):

I am of the view that what the accused can personally do counsel speaking on his behalf and in his presence can likewise do; otherwise we are diminishing the role of counsel and making a mockery of open trials solemnly conducted in the presence of the accused fully represented by counsel of his choice. It is certainly more expeditious and free from doubt to let a person who is trained and learned in the law inform the court of the election and the plea of the accused, providing it is done in open court and in the hearing of the accused, rather that [*sic*] to insist that a slow and tedious trial ritual be accomplished only through the mouth of the accused, who may not fully understand the questions raised and who may be hesitant to reply for fear of misunderstanding or mistake. Counsel has a role to play in the courtroom. He should be able to play it to the fullest.

This is a case of a clear and unequivocal waiver by the accused through his attorney of the uttering of the words set out in the section. The attorney thought the accused had not re-elected, was right in thinking so and did re-elect for the purpose of getting on with what everyone was there to do: start the trial. As for his "notice" to the sheriff, I think that what I have already said on the matter is sufficient. He was being offered the choice the notice was enacted to ensure, and that procedure would have been superfluous and needed not be waived.

This also disposes of notice from the judge. In any event it is also evident that all there had agreed to a time, place and purpose, and that it would be extravagant to even suggest that there was not a clear and unequivocal waiver of that requirement.

This ground should therefore fail.

#### Second ground

This ground concerns the procedure set out in s. 8 of the *Narcotic Control Act*:

auquel j'opine):

[TRADUCTION] Je suis d'avis que ce que l'accusé peut faire lui-même, son avocat parlant pour lui et en sa présence peut également le faire; s'il en était autrement, le rôle de l'avocat s'en trouverait diminué et le concept de procès publics tenus solennellement en la présence de l'accusé représenté par l'avocat de son choix ne serait qu'un simulacre. Il est évidemment plus expéditif et plus sûr de permettre à une personne possédant une formation et une instruction juridiques d'aviser la cour du choix de l'accusé et de son plaidoyer, pourvu que cela se fasse en audience publique et que l'accusé puisse l'entendre, que d'exiger que l'accusé, qui peut ne pas complètement comprendre les questions posées ou qui peut hésiter à y répondre de crainte de ne pas comprendre ou de commettre une erreur, participe directement au rituel lent et fastidieux du procès. L'avocat a un rôle à jouer dans la salle d'audience. Qu'on lui permette de le jouer pleinement.

En l'espèce, l'accusé a, de façon claire et non équivoque, par l'intermédiaire de son avocat, renoncé à la lecture de la formule de l'article. L'avocat, croyant avec raison que l'accusé n'avait pas fait un nouveau choix, l'a fait lui-même afin de pouvoir commencer le procès, car c'était pour cela que tout le monde s'était présenté en cour. Quant à la «notification» au shérif, je m'en tiens à ce que j'ai déjà dit à ce propos. Vu qu'on a offert à l'accusé le choix que la notification est destinée à assurer, cette procédure aurait été superflue et il n'était pas nécessaire d'y renoncer.

Il en va de même pour l'avis du juge. De toute façon, il est aussi évident que toutes les personnes présentes étaient convenues d'un moment, d'un lieu et d'un objet et qu'il serait extravagant d'oser prétendre qu'il n'y avait pas eu une renonciation claire et non équivoque à cette règle.

Ce moyen ne peut donc pas être retenu.

#### Le second moyen

Ce moyen se fonde sur la procédure établie par l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* dont voici le texte:



8. In any prosecution for a violation of subsection 4(2), if the accused does not plead guilty, the trial shall proceed as if it were a prosecution for an offence under section 3, and after the close of the case for the prosecution and after the accused has had an opportunity to make full answer and defence, the court shall make a finding as to whether or not the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3; if the court finds that the accused was not in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be acquitted but if the court finds that the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish that the accused was in possession of the narcotic for the purpose of trafficking; if the accused establishes that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be acquitted of the offence as charged but he shall be convicted of an offence under section 3 and sentenced accordingly; and if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged and sentenced accordingly.

After the Crown closed its case, Korponay, on May 5, 1977, testified and then closed his defence. The trial judge set August 3 for judgment. On that date, Korponay and three other accused, who had been charged on different records with two counts, conspiracy to traffic in a narcotic, and trafficking, appeared before him for judgment. Korponay had been tried separately. Evidence adduced at the trials of the others had been read into Korponay's trial. The trial judge was pronouncing judgment of all four accused on the same day for they were all part of the same illegal transaction though charged differently and not tried with Korponay. This is of some relevance in understanding what I consider to be but an unfortunate oversight on the judge's part, he being well cognizant of the exceptional procedure to be followed on a trial governed by s. 8 of the *Narcotic Control Act*. In a written judgment, which he read, he concluded by finding all of them guilty as charged. He had evidently momentarily overlooked the special position Korponay was in and as a result did not in any way comply with the procedure set out in s. 8, make a

8. Dans toutes poursuites pour une violation du paragraphe 4(2), si l'accusé n'avoue pas sa culpabilité, le procès doit s'instruire comme s'il s'agissait d'une poursuite pour une infraction prévue par l'article 3, et après que le poursuivant a terminé son exposé et qu'il a été fourni à l'accusé une occasion de présenter une réplique et une défense complètes, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était ou non en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3; si la cour constate que l'accusé n'était pas en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3, elle doit l'acquitter, mais si elle constate qu'il était en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3, il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, et, par la suite, il doit être fourni au poursuivant une occasion d'établir la preuve que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic; si celui-ci démontre qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être acquitté de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation, mais il doit être déclaré coupable d'une infraction aux termes de l'article 3 et condamné en conséquence; et si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation et condamné en conséquence.

Après que le ministère public eut présenté sa preuve, Korponay, le 5 mai 1977, a témoigné puis a terminé l'exposé de ses moyens de défense. Le juge du procès a fixé le jugement au 3 août. A cette date, Korponay et trois autres accusés qui avaient été inculpés séparément sur deux chefs d'accusation, soit d'avoir comploté de faire le trafic d'un stupéfiant et de trafic d'un stupéfiant, ont comparu pour entendre le jugement. Korponay avait subi un procès distinct. On avait versé au dossier du procès de Korponay des éléments de preuve produits aux procès des autres accusés. Le juge du procès a prononcé le jugement dans les cas des quatre accusés le même jour, car ils avaient tous participé à la même opération illégale, quoique les accusations portées contre les trois autres accusés fussent différentes et qu'ils n'eussent pas subi leur procès avec Korponay. Ce fait a une certaine importance parce qu'il nous aide à comprendre ce qui, à mon avis, n'est qu'un oubli regrettable de la part d'un juge qui connaît bien la procédure d'exception à suivre dans un procès régi par l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. A la fin

finding as to possession (evidently affirmative), and then offer him the opportunity to address the issue of "purpose".

Though raised in the Court of Appeal, this ground was in no way addressed or even mentioned by that court. Having dealt with the ground related to the re-election procedure Nolan J.A., speaking for the Court, reviewed the evidence and then said (A.C. at p. 2789):

In my opinion the Appellant has failed to justify his grounds of appeal. The Crown, in my view, has proven Appellant's guilt beyond a reasonable doubt and I would therefore dismiss the appeal.

Both counsel agreed that this was an unfortunate oversight. I agree, all the more so as it was not only a serious ground but in my opinion one that should have succeeded.

Appellant argues essentially that the procedure set out in s. 8 is mandatory and seeks support for that proposition in the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. McDonald* (1958), 120 C.C.C. 209. He further says that non-compliance is fatal and that the provisions of s. 613(1)(b)(iii) cannot be invoked, and, to that end, he relies on this Court's decision in *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709.

Respondent says that the *McDonald* decision must be read in the light of the peculiar facts of the case as was done by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75, and later by the Court of Appeal of Quebec in *R. v. Sylvain* (1974), 17 C.C.C. (2d) 323. In essence, respondent relies on the *Sharpe* and *Sylvain* cases to argue that there is no reason why, given the proper circumstances, as those courts felt was the case in those two instances, the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) cannot be applied.

des motifs écrits qu'il a lus, le juge a déclaré tous les accusés coupables des infractions qui leur étaient imputées. De toute évidence, il a momentanément oublié la situation spéciale de Korponay et, par conséquent, n'a pas suivi la procédure établie par l'art. 8, c'est-à-dire, conclure à la possession (c'était évidemment le cas), puis lui fournir l'occasion d'être entendu sur la question de «l'objet» de la possession.

Quoique soulevé en Cour d'appel, ce moyen n'a pas retenu l'attention de cette cour-là qui n'en a même pas fait mention. Après avoir analysé le moyen fondé sur la procédure de nouveau choix, le juge Nolan, parlant au nom de la Cour, a passé la preuve en revue, puis il a dit (d.a. à la p. 2789):

[TRADUCTION] A mon avis, l'appellant n'a pas établi le bien-fondé de ses moyens d'appel. J'estime que le ministère public a démontré la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable et je suis donc d'avis de rejeter l'appel.

Les deux avocats conviennent que c'est là un oubli regrettable. Je suis d'accord, d'autant plus qu'il s'agit non seulement d'un moyen sérieux, mais aussi d'un moyen qui aurait dû, à mon avis, donner gain de cause à l'appelant.

L'appelant allègue en substance que la procédure prévue par l'art. 8 est impérative et invoque à l'appui de cet argument l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. McDonald* (1958), 120 C.C.C. 209. Il fait valoir en outre que le non-respect de cet article est fatal et que l'on ne peut invoquer le sous-al. 613(1)(b)(iii), prétention qu'il appuie sur l'arrêt de cette Cour *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709.

L'intimé prétend qu'en interprétant l'arrêt *McDonald*, on doit garder à l'esprit les faits particuliers de l'affaire, comme l'ont fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75, et, ultérieurement, la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. v. Sylvain* (1974), 17 C.C.C. (2d) 323. L'intimé se fonde en somme sur les arrêts *Sharpe* et *Sylvain* pour prétendre qu'il n'y a aucune raison, lorsque les circonstances le justifient, comme ces cours estimaient que c'était le cas dans les deux affaires en question, de ne pas appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii).

Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*

Respondent says that, as Korponay was *de facto* given the opportunity to offer an explanation and did offer one as to the purpose of his possession, the provisions of s. 613(1)(b)(iii) could and in this case should be applied.

This to me is, with deference, a misunderstanding of the rights of an accused at a trial governed by s. 8 of the *Narcotic Control Act*.

Under s. 8, the rights of an accused are fourfold:

- a trial conducted during the first phase as if the charge were one under s. 3;
- a full answer and defence to the issue of possession before being put in actual jeopardy of conviction of an offence under s. 4(2);
- a finding on possession before deciding on a defence and revealing its nature as regards the purpose of that possession in the event that finding be affirmative;
- an opportunity of presenting that defence.

The respondent-Crown is saying that a breach of the accused's right to a finding by the judge before addressing the issue of the purpose of his possession is necessarily cured by the accused having in fact been given at some time prior to that finding an opportunity to address the issue and by his having availed himself of that opportunity.

The accused's right is not limited to that of being given an opportunity of establishing that the purpose of his possession was not trafficking; were that the case, I would agree with the Crown that the accused having testified as to that aspect of the offence, s. 613(1)(b)(iii) could, given the proper circumstances, be applied and cure the oversight with respect to the second stage of s. 8.

Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*

Selon l'intimé, comme Korponay a en réalité eu l'occasion d'expliquer pourquoi il était en possession du stupéfiant et vu qu'il a donné une telle explication, il y a lieu en l'espèce d'appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii).

Avec égards, j'estime que cet argument traduit une méconnaissance des droits d'un accusé dont le procès relève de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*.

L'article 8 confère à l'accusé un droit qui comporte quatre volets:

- un procès qui, dans sa première phase, s'instruit comme s'il s'agissait d'une accusation portée en vertu de l'art. 3;
- une occasion de présenter une réplique et une défense complètes relativement à la question de la possession avant même qu'il ne soit réellement exposé à être reconnu coupable en vertu du par. 4(2);
- une conclusion sur la question de la possession avant qu'il ne choisisse un moyen de défense et n'en révèle la nature pour expliquer pourquoi il était en possession du stupéfiant, dans l'hypothèse où la cour conclurait à la possession;
- une occasion de présenter ce moyen de défense.

Le ministère public intimé prétend qu'une violation du droit de l'accusé à ce que le juge tire une conclusion quant à la possession avant que l'on ne passe à la question de l'objet de la possession du stupéfiant est nécessairement réparée si, à quelque moment avant cette conclusion, l'accusé a eu la possibilité de plaider sur ce point et s'il s'en est prévalu.

Le droit de l'accusé ne se limite pas à la possibilité de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic; s'il en était ainsi, je partagerais l'avis du ministère public qu'après le témoignage de l'accusé sur cet aspect de l'infraction, il serait possible, lorsque les circonstances le permettent, d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) de manière à remédier à l'oubli de la deuxième étape prévue par l'art. 8.

Such is not however the case because most important is the additional right of an accused to avail himself of that opportunity, or decide not to, only after having been given the trier of fact's finding as to possession and only if that finding is adverse. The question therefore, as regards the application of s. 613(1)(b)(iii), is whether the Crown has discharged the burden of satisfying the court that even if the accused had known that the finding would be adverse to him his defence would have been necessarily the same. I find it difficult to imagine a court ever being so satisfied. Indeed, an accused's whole approach to his case might well be very different at that second stage of the proceedings. Let me illustrate. An accused is perfectly entitled, by his not testifying himself in his own defence though offering a defence at the first stage of the proceedings, to refrain from revealing an addiction to drugs which could be incriminating as regards possession. He might however want to establish that fact at the second stage of the proceedings when contending that the purpose of his possession was for personal consumption. This example illustrates the general proposition that a court cannot know that a defence after the finding would necessarily have been the same as that advanced before and conclude that there was "no substantial wrong or miscarriage of justice".

In my view, the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) can never succeed in face of this type of error. Such non-compliance with the section will be fatal unless there has been a valid waiver on the part of the accused. Though Parliament has not put any error of law beyond the reach of s. 613(1)(b)(iii), certain types of errors of law are such that the Crown will never succeed in satisfying the court that, had it not been for the error, the verdict would of necessity have been the same.

Such is the type of error in the present case. Indeed the denial of an opportunity of presenting a defence will always leave the court uncertain as to

Mais ce n'est pas le cas, parce que ce qui importe avant tout est le droit supplémentaire d'un accusé de ne se prévaloir de cette possibilité ou de décider de ne pas s'en prévaloir qu'après avoir été informé de la conclusion du juge des faits quant à la possession, et seulement si cette conclusion lui est défavorable. La question en ce qui concerne l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) est donc de savoir si le ministère public a convaincu la cour que, même si l'accusé avait su que la conclusion lui serait défavorable, il aurait nécessairement invoqué le même moyen de défense. Je conçois difficilement qu'une cour en soit jamais convaincue. A la vérité, il est fort possible que la façon dont un accusé aborde son procès soit tout à fait différente à la deuxième étape des procédures. Je m'explique. Un accusé a bien le droit, en ne témoignant pas lui-même en défense, même s'il a présenté une défense à la première étape des procédures, de ne pas révéler qu'il est toxicomane, révélation qui pourrait être incriminante sur la question de la possession. Il pourrait toutefois désirer prouver ce fait à la deuxième étape des procédures lorsqu'il fait valoir que le stupéfiant qu'il avait en sa possession était destiné à sa propre consommation. Cet exemple illustre la proposition générale qu'une cour ne peut savoir que le moyen de défense mis de l'avant après la décision sur la possession aurait nécessairement été le même que celui invoqué avant cette décision et, de là, conclure qu'il n'y a eu «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave».

A mon avis, on ne pourra jamais invoquer avec succès les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) pour une erreur de ce type. Pareil non-respect de l'article sera fatal, à moins d'une renonciation valide de la part de l'accusé. Bien que le législateur n'ait soustrait aucune erreur de droit du champ d'application du sous-al. 613(1)(b)(iii), certaines erreurs de droit sont telles que le ministère public ne réussira jamais à convaincre la cour que, n'eût été l'erreur, le verdict aurait nécessairement été le même.

C'est de ce type d'erreur qu'il s'agit en l'espèce. En fait, lorsque l'accusé est privé de la possibilité de présenter un moyen de défense, la cour sera

what would finally be the evidence adduced had the opportunity denied been given the accused.

Appellant's reliance on this Court's decision in *Cloutier* was predicated on what was said by Pratte J. (at p. 724):

The accused, who is erroneously denied a peremptory challenge, is entitled to ask that the trial and the guilty verdict returned by an irregularly empanelled jury be annulled; it is not necessary for him to prove a prejudice; there is a 'préjudice de droit'; as to this no doubt exists: *R. v. Churton* (1919), 31 C.C.C. 188; *Henry Williams* (1925), 19 Cr. App. R. 67; *R. v. Page*, [1965] Crim. L.R. 444.

This passage is *obiter*. In any event, to the extent that Pratte J. could be interpreted as suggesting that the irregular empanelling of a jury is an error of law which may never be cured by the application of s. 613(1)(b)(iii), I cannot, with deference, agree. But I do agree with the appellant that such is the error in the present case. And, as I have said, the fatal effect on the trial of non-compliance in the present case can only be avoided if there be a valid waiver.

#### Waiver

Though waiver was not commented on by either party to the proceedings, the issue of waiver must nevertheless be addressed, as it is determinative of this appeal.

When considered in the perspective of waiver the question to be addressed is the following: has an accused waived his right to a "finding" and to then presenting anew a defence on the issue of "purpose" by the mere fact that he has already addressed that issue at the first stage?

I need not repeat here, when considering s. 8, what I have said earlier as regards the criterion for determining the existence and validity of a waiver, except to repeat that it must be informed, clear and unequivocal.

Two cases relied upon by respondent in support of an application of s. 613(1)(b)(iii) and which, it is true, were in fact decided on that basis, in my

toujours dans l'incertitude quant à la preuve dont elle aurait finalement été saisie si cette possibilité avait été donnée à l'accusé.

En s'appuyant sur l'arrêt *Cloutier* de cette Cour, l'appellant tire argument des propos du juge Pratte (à la p. 724):

L'accusé, à qui on a erronément refusé une récusation péremptoire, est bien fondé à demander la nullité du procès et du verdict de culpabilité rendu par un jury ainsi irrégulièrement formé; il ne lui est pas nécessaire de prouver un préjudice; il y a préjudice de droit: cela ne fait pas de doute: *R. v. Churton* (1919), 31 C.C.C. 188; *Henry Williams* (1925), 19 Cr. App. R. 67; *R. v. Page*, [1965] Crim. L.R. 444.

Il s'agit d'un *obiter*. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où l'on peut dire que les propos du juge Pratte laissent entendre que la formation irrégulière d'un jury est une erreur de droit que le sous-al. 613(1)(b)(iii) ne pourra jamais réparer, avec égards, je ne suis pas d'accord. Mais je partage l'avis de l'appellant qu'on est ici en présence de ce type d'erreur. Et, comme je l'ai déjà dit, seule une renonciation valide peut écarter l'effet fatal du non-respect de l'art. 8 sur le procès en l'espèce.

#### La renonciation

Bien que ni l'une ni l'autre des parties n'ait fait d'observations sur la renonciation, il convient tout de même de se pencher sur cette question, car elle est déterminante en l'espèce.

Sous l'aspect de la renonciation, la question à trancher est la suivante: un accusé renonce-t-il à son droit à une «conclusion» sur la possession et à son droit de présenter à nouveau des moyens de défense sur la question de «l'objet» de la possession, du simple fait qu'il a plaidé sur cette question à la première étape?

Il n'est pas nécessaire de répéter ici, relativement à l'art. 8, ce que j'ai déjà dit concernant le critère qui permettra de déterminer s'il existe une renonciation valide, sauf pour réitérer que celle-ci doit être éclairée, claire et non équivoque.

Deux affaires invoquées par l'intimé à l'appui de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii), tranchées, il est vrai, sur le fondement de ce sous-alinéa, mon-

view offer illustrations of circumstances where valid waivers had in fact been made, and for that reason, though disagreeing as to the propriety of resorting to s. 613(1)(b)(iii), I find myself in agreement with the result: *R. v. Sylvain, supra*, which is the waiver of the “finding”, and *R. v. Sharpe, supra*, which is different, being the waiver of adducing evidence after the finding.

In *Sylvain*, the accused testified at the first stage; at the outset he admitted possession and then addressed the issue of “purpose” before the judge made a finding as to his possession. The Court of Appeal of Quebec dismissed the appeal by applying s. 613(1)(b)(iii). As I said earlier, I do not think that s. 613 can have any application where the provisions of s. 8 have not been complied with. But, the fact that Sylvain, assisted by his attorney, and in answer to questions by his attorney, started by admitting possession and then dealt directly with “purpose” was, in the circumstances of that case, in my opinion, a clear and unequivocal waiver of his right to a “finding” on possession by the judge before testifying as to purpose.

The *Sharpe* case appears to have been decided by the Court of Appeal for Ontario by resorting to a combination of “waiver” and the provisions of s. 613. Sharpe had testified at the first stage. What then happened is best described by the Court of Appeal *per* Morden J.A. (at p. 80):

In the case at bar the Magistrate was well aware of the provisions of s. 4(4). After hearing counsel on the issue of possession, he made a finding that the appellant was guilty of possession. It was at that point he turned to the issue of trafficking and heard argument. The record does not show that he specifically advised the accused of his right to give or call evidence on this issue. However, I assume that the counsel who appeared for the appellant at the trial (who was not his counsel in this Court), knew the correct procedure and if he had evidence he wished to call on the issue of trafficking, he would have so advised the Magistrate and it would have been received. In view of the appellant’s denial of possession, it would be difficult to imagine what evidence he himself

trent, à mon avis, des circonstances dans lesquelles il y avait effectivement eu une renonciation valide; pour cette raison, bien que n’étant pas d’accord sur la légitimité du recours au sous-al. 613(1)(b)(iii), je souscris au résultat: *R. v. Sylvain*, précité, où il s’agit d’une renonciation à la «conclusion» sur la possession, et *R. v. Sharpe*, précité, où, à la différence de l’affaire *Sylvain*, il s’agit d’une renonciation à la production d’éléments de preuve après la conclusion sur la possession.

Dans l’affaire *Sylvain*, l’accusé a témoigné à la première étape; dès le début il a avoué la possession et a alors plaidé sur la question de «l’objet» de la possession avant que le juge ne statue sur la possession. La Cour d’appel du Québec, appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii), a rejeté l’appel. Comme je l’ai déjà dit, je ne pense pas que l’art. 613 puisse s’appliquer lorsqu’on ne s’est pas conformé à l’art. 8. Mais, le fait que Sylvain, assisté de son avocat, et en réponse aux questions de ce dernier, ait commencé par reconnaître la possession pour passer directement ensuite à l’objet de la possession constituait dans les circonstances, à mon avis, une renonciation claire et non équivoque à son droit à une «conclusion» du juge sur la possession avant qu’il ne témoigne sur «l’objet» de la possession.

Dans l’affaire *Sharpe*, la Cour d’appel de l’Ontario semble s’être fondée à la fois sur la «renonciation» et sur les dispositions de l’art. 613. Sharpe avait témoigné à la première étape. Ce qui s’est alors passé se dégage nettement des motifs du juge Morden (à la p. 80):

[TRADUCTION] En l’espèce, le magistrat connaissait bien les dispositions du par. 4(4). Après avoir entendu la plaidoirie de l’avocat sur la question de la possession, il a conclu que l’appelant était coupable de possession de stupéfiant. C’est alors qu’il a abordé la question du trafic et a entendu les plaidoiries à cet égard. Il ne se dégage pas du dossier qu’il ait de façon précise avisé l’accusé de son droit de témoigner ou de faire témoigner d’autres personnes sur cette question. Je présume toutefois que l’avocat qui a comparu pour l’appelant au procès (qui n’est pas son avocat en cette Cour), connaissait la bonne procédure et que, s’il avait eu des éléments de preuve à apporter sur la question du trafic, il en aurait informé le magistrat qui les aurait reçus. Vu que

could have given on the issue of trafficking. At very most, the Magistrate's failure to ask whether defence wished to call evidence at this stage was an irregularity and in view of his counsel's acquiescence, it could not be a ground for allowing this appeal. As Lord Goddard C.J. said in *R. v. Neal*, [1949] 2 K.B. 590 at p. 597: "We desire, however, to emphasize that if an irregularity arises in a trial which can be cured, and it is not brought timeously to the attention of the court of trial, it does not by any means follow that this court will allow advantage to be taken of it when it is too late to remedy it except by quashing the conviction."

See also *R. v. Lashbrooke* (1958), 43 Cr. App. R. 86.

When the finding of possession was made against the appellant, then s. 4(4) imposed an onus upon him to establish by a balance of probabilities that he was not in possession for the purpose of trafficking. He did not call evidence on this issue. He was entitled to rely upon the evidence already given and if that evidence as a whole raised a reasonable doubt then he would have been entitled to have been acquitted: *R. v. Cappello, supra*. In my opinion, the quantity of narcotics found in his possession and their value and the fact that the appellant was not an addict, left no room for reasonable doubt of his guilt and the Magistrate did not err when he convicted the appellant of having in his possession a drug for the purpose of trafficking.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

(The underlining is mine.)

The fact that the attorney did not, after the affirmative finding as to possession, call any evidence but rather proceeded immediately to present his arguments as regards "purpose" could, in that case, be considered a waiver of the accused's right to adduce, anew, evidence on the issue of purpose. If and to the extent the Court of Appeal for Ontario is predicating its conclusion on the presence of a valid waiver, I agree. I should not, however, with deference, for reasons already set out, agree with what appears to be an application of s. 613(1)(b)(iii) by speculating as to whether the accused could and would have added anything

l'appelant a nié la possession, il est difficile de concevoir quelle preuve il aurait pu lui-même apporter sur la question du trafic. L'omission du magistrat de demander si la défense voulait présenter des éléments de preuve à ce stade-là constitue tout au plus une irrégularité et, étant donné l'acquiescement de l'avocat de l'accusé, on ne saurait se fonder sur cela pour accueillir cet appel. Comme l'a dit le lord juge en chef Goddard dans l'arrêt *R. v. Neal*, [1949] 2 K.B. 590, à la p. 597: «Nous désirons cependant souligner que si une irrégularité à laquelle il est possible de remédier se présente au cours d'un procès et n'est pas portée en temps utile à l'attention du tribunal qui l'entend, cela ne veut aucunement dire que cette cour permettra à la partie en question d'en tirer avantage lorsqu'il est trop tard pour y remédier si ce n'est par l'annulation de la déclaration de culpabilité.»

Voir aussi *R. v. Lashbrooke* (1958), 43 Cr. App. R. 86.

Dès lors que la cour a conclu à la possession, il incombe à l'appelant en vertu du par. 4(4) d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic. Il n'a présenté aucune preuve sur cette question. Il avait le droit de se fonder sur la preuve déjà produite et si l'ensemble de cette preuve avait fait naître un doute raisonnable, alors il aurait eu droit à un verdict d'acquittement: *R. v. Cappello*, précité. A mon avis, la quantité de stupéfiants trouvés en sa possession, leur valeur et le fait que l'appelant n'est pas toxicomane ne laissent pas planer de doute raisonnable quant à sa culpabilité, et le magistrat n'a pas commis d'erreur en déclarant l'appelant coupable d'avoir eu en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel.

(C'est moi qui souligne.)

Dans cette affaire-là, le fait que l'avocat, après que la cour eut répondu par l'affirmative à la question de la possession, n'ait pas présenté de preuve mais ait présenté tout de suite ses arguments sur «l'objet» de la possession, pouvait être considéré comme une renonciation au droit de l'accusé de présenter à nouveau des éléments de preuve sur la question de l'objet de la possession. Dans la mesure où la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario repose sur l'existence d'une renonciation valide, j'y souscris. Toutefois, pour les motifs que j'ai déjà exposés, je ne puis, avec égard, opiner à ce qui paraît être une application

else to his defence had he exercised his right to do so after a "finding".

The present case is different from *Sharpe* in that there was no finding. It differs from *Sylvain* in that the accused did not admit possession. There is no basis, when applying the proper criterion, for concluding that there was a waiver of the "finding", as in *Sylvain*, or of the calling of further evidence as in *Sharpe*. There being no waiver, we have here an error of law, non-compliance with s. 8, that cannot, as I said, be dealt with under s. 613(1)(b)(iii). This ground of appeal should therefore in my view succeed and a new trial should be ordered.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Ivan Lerner, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Jacques Letellier, Montreal.*

du sous-al. 613(1)(b)(iii) en faisant des conjectures sur la question de savoir si l'accusé avait d'autres éléments à ajouter à sa défense, et s'il les aurait effectivement ajoutés s'il avait exercé son droit de le faire après une «conclusion» sur la possession.

La présente espèce diffère de l'affaire *Sharpe* en ce qu'il n'y a pas eu de conclusion sur la possession. Elle diffère de l'affaire *Sylvain* en ce que l'accusé n'a pas avoué la possession. Si l'on applique le critère approprié, il n'y a aucune raison de conclure que l'appelant a renoncé à la «conclusion» sur la possession, comme dans l'affaire *Sylvain*, ou qu'il a renoncé à présenter d'autres éléments de preuve, comme dans l'affaire *Sharpe*. Faute de renonciation, nous sommes ici en présence d'une erreur de droit, savoir le non-respect de l'art. 8, que, je le répète, on ne saurait corriger en recourant au sous-al. 613(1)(b)(iii). L'appelant doit donc, à mon avis, avoir gain de cause sur ce moyen et un nouveau procès doit être ordonné.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant: Ivan Lerner, Montréal.*

*Procureur de l'intimé: Jacques Letellier, Montréal.*



IN THE MATTER OF the *Constitutional Questions Determination Act*

AND IN THE MATTER OF a Reference re Section 6 of the *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, chapter 20 as amended

AND IN THE MATTER OF an Appeal by the Attorney General of British Columbia from the Opinion of the Court of Appeal for British Columbia certified the 26th day of June, 1980

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta

and

The Attorney General of Canada

File no.: 16158.

1981: January 28 and 29; 1982: January 26.

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

*Constitutional law — Courts — Jurisdiction — Family law — Guardianship of person of the child — Custody and access — Occupancy rights of family residence — Non-entry orders — Whether or not provincial legislation granting provincial court jurisdiction ultra vires under s. 96 of the B.N.A. Act — British North America Act, R.S.C. 1970, Appendix II, s. 96 — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 6(1)(a), (b), (d), (e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79.*

Pursuant to s. 6 of the British Columbia *Family Relations Act*, the Provincial Court had jurisdiction over guardianship of the person of a child, custody of or access to a child, occupancy of the family residence and use of contents, and the making of non-entry orders relating to premises occupied by a spouse, parent or child. The British Columbia Court of Appeal, considering a question referred to it, held these provisions to be *ultra vires* the province based on s. 96 of the *B.N.A. Act*. The Attorney General of British Columbia appealed from that judgment.

DANS L'AFFAIRE DE la *Constitutional Questions Determination Act*

ET DANS L'AFFAIRE d'un renvoi relatif à l'article 6 de la *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, chapitre 20 et modifications<sup>a</sup>

ET DANS L'AFFAIRE d'un pourvoi du procureur général de la Colombie-Britannique relativement à l'avis de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique certifié le 26 juin 1980<sup>b</sup>

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta

<sup>d</sup>

et

Le procureur général du Canada

N° du greffe: 16158.

<sup>e</sup> 1981: 28 et 29 janvier; 1982: 26 janvier.

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

*Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence — Droit de la famille — Tutelle à la personne d'un enfant — Garde et droit de visite — Droit d'occupation de la résidence familiale — Ordonnances de ne pas entrer — Une loi provinciale attributive de compétence à la cour provinciale est-elle ultra vires en vertu de l'art. 96 de l'A.A.N.B.? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 96 — Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 6(1)a), b), d), e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79.*

<sup>h</sup> Suivant l'art. 6 de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, la Cour provinciale a compétence sur les questions concernant la tutelle à la personne d'un enfant, la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite, l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve et les ordonnances de ne pas entrer dans les lieux occupés par un conjoint, un parent ou un enfant. À l'examen d'une question dont elle avait été saisie par renvoi, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que ces dispositions sont *ultra vires* de la province en vertu de l'art. 96 de l'A.A.N.B. Le procureur général de la Colombie-Britannique se pourvoit contre cet arrêt.

*Held* (Laskin C.J. and Ritchie J. dissenting in part): It is within the authority of the province to confer jurisdiction on the Provincial Court (the judges of which are not appointed by the Governor General) respecting guardianship of the person of the child and custody of or access to the child, but *ultra vires* that authority respecting orders concerning occupancy and use of the family residence and the making of non-entry orders.

*Per* Martland, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.: The statute created a concurrent jurisdiction in respect of guardianship and custody. An exclusive jurisdiction in the superior courts in these fields analogous to that in the legislation under consideration did not exist historically. It was natural, following the assignment of adoption to inferior courts, to find a practice of according powers to summary tribunals in related but less significant fields in family relations such as guardianship and custody. Indeed, guardianship and custody were in essence subsumed by adoption in the classification of family relations.

The purpose and role of s. 96 in the Constitution was not jeopardized by the increasing recognition of the implementation of valid provincial programs through provincial administrative and judicial agencies so long as that assigned to them did not have the effect in substance of conferring a judicial function "broadly conform[ing] to the type of jurisdiction exercised by the superior, district or county courts".

*Per* Laskin C.J. and Ritchie J., *dissenting in part*: Even if the challenged legislation did not result in turning the Provincial Court into a s. 96 court, the jurisdiction conferred by s. 6(1) (a) and related sections of the *Family Relations Act* could not be validly assumed and exercised by the Provincial Court. Neither a certain concurrency of jurisdiction with the British Columbia Supreme Court nor the subjection of the Provincial Court to review or appeal gave the Provincial Court any basis to encompass s. 96 court functions on the ground that it had not been transformed into such a court.

The jurisdiction conferred under s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) did not broadly conform in general to the jurisdiction exercised by inferior courts prior to or at 1867 or in particular to the jurisdiction given the inferior courts under the statutes (save *The Adoption Act*) in the *Adoption Reference*. Jurisdiction over each power under review, considered separately, was more analogous and conformable to that of a s. 96 court. This fact

*Arrêt* (Le juge en chef Laskin et le juge Ritchie sont dissidents en partie): La province a le pouvoir d'attribuer à la Cour provinciale (dont les juges ne sont pas nommés par le gouverneur général) compétence sur la tutelle à la personne d'un enfant et sur la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite, mais non sur les ordonnances relatives à l'occupation de la résidence familiale et à l'utilisation de ce qui s'y trouve, ni sur les ordonnances de ne pas entrer.

*Les* juges Martland, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard: La loi crée une compétence concurrente en matière de tutelle et de garde. Historiquement, les cours supérieures n'ont jamais eu dans ces domaines une compétence exclusive assimilable à celle conférée par la loi en cause. Il est naturel, par suite de l'attribution de compétence en matière d'adoption aux cours inférieures, de découvrir une pratique qui consiste à accorder aux tribunaux de juridiction sommaire des pouvoirs dans des sphères connexes mais moins importantes des relations familiales telles que la tutelle et la garde. En fait, dans la classification des relations familiales, la tutelle et la garde sont à toutes fins utiles subsumées sous l'adoption.

La reconnaissance accrue accordée à la mise en œuvre de programmes provinciaux valides par le biais d'organismes administratifs et judiciaires provinciaux ne compromet ni l'objet ni le rôle de l'art. 96 dans la Constitution, pourvu que l'attribution de compétence à ces organismes n'ait pas essentiellement pour effet de leur conférer une fonction judiciaire qui «correspond [...] d'une manière générale au type de compétence qu'exercent les cours supérieures, de district ou de comté».

Le juge en chef Laskin et le juge Ritchie, *dissidents en partie*: Même si la loi contestée n'a pas pour effet de transformer la Cour provinciale en une cour visée à l'art. 96, la compétence attribuée par l'al. 6(1)a) et les articles connexes de la *Family Relations Act* ne peut valablement être assumée et exercée par la Cour provinciale. Ni une certaine concurrence en matière de compétence avec la Cour suprême de la Colombie-Britannique ni l'assujettissement de la Cour provinciale aux procédures de révision ou d'appel ne permettent à cette dernière d'assumer des fonctions relevant d'une cour visée à l'art. 96 pour le motif qu'elle n'est pas ainsi transformée en pareille cour.

La compétence conférée par les al. 6(1)a), b), d) et e) ne correspond pas d'une manière générale à la compétence que les tribunaux inférieurs exerçaient en 1867 ou avant cette date et, en particulier, elle ne correspond pas à la compétence conférée aux tribunaux inférieurs par les lois (à l'exception de *The Adoption Act*) visées par le *Renvoi sur l'adoption*. La compétence sur chaque domaine distinct dont il est question en l'espèce est plus

remained even if the *Family Relations Act* were to be considered a legislative scheme designed to deal expeditiously within prudent limits with associated aspects of family relations. The Provincial Court's relatively easy access was not an answer to the jurisdictional problem.

*Polglase v. Polglase et al.*, [1980] 2 W.W.R. 393, (1979), 106 D.L.R. (3d) 601; *Labour Relations Board (Sask.) v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Attorney-General for Ontario v. Victoria Medical Building Ltd.*, [1960] S.C.R. 32; *Reference re the Magistrate's Court of Quebec*, [1965] S.C.R. 772; *Reference re The Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, considered; *In re Vancini* (1904), 34 S.C.R. 621; *In re Small Debts Act* (1896), 5 B.C.R. 246; *Re Stannard* (1858), 1 Chan. Chamb. 15; *Re McQueen, McQueen v. McMillan* (1876), 23 Grant 191; *Anonymous* (1858), 6 Grant 632; *Thomassett v. Thomassett*, [1894] P. 295; *Re Triskow and Children's Protection Act* (1918), 43 D.L.R. 452; *In re Agar-Ellis. Agar-Ellis v. Lascelles* (1883), 24 Ch. D. 317; *O. Martineau and Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113; *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535; *Blayborough v. Brantford Gas Company* (1909), 18 O.L.R. 243; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Re Residential Tenancies Act 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Rimmer v. Hannan* (1921), 60 D.L.R. 637, referred to.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1980), 116 D.L.R. (3d) 221, 23 B.C.L.R. 152, [1980] 6 W.W.R. 737, finding the statutory provisions referred in a constitutional reference to be *ultra vires* the province. Appeal allowed in part.

*D. M. M. Goldie, Q.C.*, and *E. R. A. Edwards*, for the appellant.

*Donald S. Moir and Carmela Allevato*, opposing the legislation.

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

*Henri Brun*, for the Attorney General of Quebec.

facilement assimilable et correspond davantage à celle d'une cour visée à l'art. 96. Cela demeure vrai même en associant la *Family Relations Act* à un programme législatif destiné à traiter expéditivement, tout en respectant les limites dictées par la prudence, des aspects connexes des relations familiales. L'accès relativement facile à la Cour provinciale ne suffit pas pour résoudre le problème de compétence.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Polglase v. Polglase et al.*, [1980] 2 W.W.R. 393, (1979), 106 D.L.R. (3d) 601; *Labour Relations Board (Sask.) v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Procureur général de l'Ontario c. Victoria Medical Building Ltd.*, [1960] R.C.S. 32; *Renvoi sur la Cour de magistrat du Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Renvoi sur l'adoption*, [1938] R.C.S. 398; arrêts mentionnés: *In re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621; *In re Small Debts Act* (1896), 5 B.C.R. 246; *Re Stannard* (1858), 1 Chan. Chamb. 15; *Re McQueen, McQueen v. McMillan* (1876), 23 Grant 191; *Anonymous* (1858), 6 Grant 632; *Thomassett v. Thomassett*, [1894] P. 295; *Re Triskow and Children's Protection Act* (1918), 43 D.L.R. 452; *In re Agar-Ellis. Agar-Ellis v. Lascelles* (1883), 24 Ch. D. 317; *O. Martineau and Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113; *Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535; *Blayborough v. Brantford Gas Company* (1909), 18 O.L.R. 243; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384; *Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Rimmer v. Hannan* (1921), 60 D.L.R. 637.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1980), 116 D.L.R. (3d) 221, 23 B.C.L.R. 152, [1980] 6 W.W.R. 737, qui a conclu que les dispositions législatives visées dans un renvoi constitutionnel sont *ultra vires* de la province. Pourvoi accueilli en partie.

*D. M. M. Goldie, c.r.*, et *E. R. A. Edwards*, pour l'appellant.

*Donald S. Moir et Carmela Allevato*, contre la loi.

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

*Henri Brun*, pour le procureur général du Québec.

*Molly Dunsmuir and Reinhold M. Endres*, for the Attorney General of Nova Scotia.

*Allan D. Reid and Shauna M. Mackenzie*, for the Attorney General for New Brunswick.

*John D. Montgomery, Q.C.*, and *Roslyn M. Diamond*, for the Attorney General of Manitoba.

*Margaret Donnelly and B. A. Crane, Q.C.*, for the Attorney General for Alberta.

*W. I. C. Binnie, Q.C.*, and *Holly Harris*, for the Attorney General of Canada.

The reasons of Laskin C.J. and Ritchie J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting in part*)—The Lieutenant Governor in Council of British Columbia by an Order in Council of December 6, 1979, issued pursuant to the *Constitutional Questions Determination Act* (now the *Constitutional Questions Act*), R.S.B.C. 1979, c. 63, referred to the Court of Appeal of that province the following question:

Are paragraphs (a), (b), (d) and (e) of subsection (1) of Section 6 of the *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, c. 20, as amended, or any of them, *ultra vires* the Legislature of the Province of British Columbia?

In a unanimous judgment delivered on behalf of the Court by Hinkson J.A. on June 26, 1980, an affirmative answer was given to the question in respect of all the statutory provisions therein mentioned. The holding of invalidity was based, of course, on s. 96 of the *British North America Act*, no challenge being offered to the competence of the provincial legislature to enact the substantive terms of s. 6(1)(a), (b), (d) and (e). An appeal as of right was taken to this Court by the Attorney General of British Columbia under s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, and the same question was fixed for determination but phrased to require a negative answer if the judgment of the Court of Appeal was to be confirmed.

The statutory provisions in issue read as follows:

6. (1) The Provincial Court has jurisdiction in all matters under this Act, except Part 3, respecting

(a) guardianship of the person of a child;

*Molly Dunsmuir et Reinhold M. Endres*, pour le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Allan D. Reid et Shauna M. Mackenzie*, pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*John D. Montgomery, c.r.*, et *Roslyn M. Diamond*, pour le procureur général du Manitoba.

*Margaret Donnelly et B. A. Crane, c.r.*, pour le procureur général de l'Alberta.

*W. I. C. Binnie, c.r.*, et *Holly Harris*, pour le procureur général du Canada.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Ritchie rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident en partie*)—Le lieutenant-gouverneur en conseil de la Colombie-Britannique, par un décret en date du 6 décembre 1979, pris en vertu de la *Constitutional Questions Determination Act* (l'actuelle *Constitutional Questions Act*), R.S.B.C. 1979, chap. 63, a renvoyé la question suivante à la Cour d'appel de cette province:

[TRADUCTION] Les alinéas a), b), d) et e) du paragraphe (1) de l'article 6 de la *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, chap. 20 et modifications, sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de la Colombie-Britannique?

Dans un arrêt unanime prononcé le 26 juin 1980 par le juge Hinkson, la Cour a répondu à la question par l'affirmative en ce qui concerne tous les alinéas y mentionnés. La conclusion d'invalidité reposait évidemment sur l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, la compétence de la législature provinciale d'adopter les dispositions de fond des al. 6 (1)a), b), d) et e) étant incontestée. Le procureur général de la Colombie-Britannique a formé un pourvoi de plein droit devant cette Cour en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, la question à trancher étant la même, sauf que sa formulation exige une réponse négative s'il doit y avoir confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel.

Les dispositions en cause se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 6. (1) La Cour provinciale a compétence sur toutes les questions relevant de la présente loi, à l'exception de la Partie 3, concernant

a) la tutelle à la personne d'un enfant;

(b) custody of or access to a child;

(d) occupancy of the family residence and the use of its contents; and

(e) the making of orders that a person shall not enter premises while they are occupied by a spouse, parent or child.

b) la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite;

d) l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve; et

e) les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans les lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe.

It will be noticed that para. (c) was not included in the original reference nor is it involved here. That paragraph provides for "maintenance, including the enforcement of maintenance orders" by the Provincial Court. In *Polglase v. Polglase et al.*, [1980] 2 W.W.R. 393, (1979), 106 D.L.R. (3d) 601, decided by Hutcheon J. of the British Columbia Supreme Court on October 22, 1979, and which concerned an order in the nature of prohibition to the Provincial Court, it was held that although the Provincial Court could not constitutionally be vested with power to make custody or access orders or non-entry orders or orders respecting occupancy of the family residence, it could be given jurisdiction to make maintenance orders. This jurisdiction was, presumably on that account, not put in issue in the reference, but guardianship of the person of a child, under s. 6(1)(a) of the Act, which was not involved in the *Polglase* case, was included.

<sup>b</sup> On constatera que l'al. c) ne fait pas l'objet du renvoi initial et qu'il n'en est pas question ici non plus. Cet alinéa confère à la Cour provinciale compétence sur [TRADUCTION] «l'entretien, y compris l'exécution d'ordonnances de pension alimentaire». Dans l'affaire *Polglase v. Polglase et al.*, [1980] 2 W.W.R. 393, (1979), 106 D.L.R. (3d) 601, qui concernait une ordonnance de prohibition visant la Cour provinciale, le juge Hutcheon de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué, le 22 octobre 1979, que même si la Cour provinciale ne peut constitutionnellement être investie du pouvoir de rendre des ordonnances en matière de garde, de droit de visite ou d'interdiction d'entrer, ou encore des ordonnances concernant l'occupation de la résidence familiale, l'on peut lui donner compétence pour rendre des ordonnances de pension alimentaire. Je présume que c'est pour cette raison que l'on n'a pas contesté cette compétence dans le renvoi, alors que la tutelle à la personne d'un enfant visée à l'al. 6(1)a) de la Loi, qui n'était pas en cause dans l'affaire *Polglase*, en fait l'objet.

The *Family Relations Act*, now R.S.B.C. 1979, c. 121, is a wide-ranging statute. It covers matrimonial property, maintenance and support obligations, custody, access and guardianship of children and ancillary provisions to support the main features of the Act. It confirms the jurisdiction of the Supreme Court of British Columbia (subject to the federal *Divorce Act*) in all matters concerning custody of, access to and guardianship of children, dissolution of marriage, nullity, judicial separation, maintenance and alimony; and then provides that the Supreme Court is to have jurisdiction in all matters under the Act. Concurrent jurisdiction is then given to the Provincial Court under s. 6(1)(a), excluding, however, any inherent *parens patriae* jurisdiction and excluding

<sup>g</sup> La *Family Relations Act*, maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 121, est une loi d'envergure. Elle s'applique aux biens matrimoniaux, aux obligations alimentaires, à la garde et à la tutelle des enfants, au droit de rendre visite aux enfants et elle comporte des dispositions accessoires qui étayent les dispositions principales de la Loi. Elle confirme la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (sous réserve de la *Loi sur le divorce fédérale*) relativement à toutes questions concernant la garde et la tutelle des enfants, le droit de rendre visite aux enfants, la dissolution du mariage, la nullité du mariage, la séparation de corps et la pension alimentaire; puis elle dispose que la Cour suprême doit avoir compétence sur toutes les questions visées par la Loi. Elle donne

also jurisdiction under Part 3 of the Act dealing with family assets and the division of property between spouses. There are other provisions of the Act to which I will have occasion to refer later on in these reasons but it is sufficient for the moment to underline the comprehensiveness of the Act in dealing with family relations and with children under ordinary judicial procedures, whether they be those of the Supreme Court or those of the Provincial Court. Although under Part 5 the Provincial Court is directed to act summarily and rules respecting its proceedings are left to the Lieutenant Governor in Council, there is no suggestion in the Act nor was there any by the appellant that the judicial and curial character of the Provincial Court was in any way altered by the Act or that any such alteration could be reflected in the rule-making power.

The Attorney General of British Columbia founded his appeal on two grounds. He urged, first, that the jurisdiction conferred upon a judge of the Provincial Court of British Columbia by virtue of paras. (a), (b), (d) and (e) of subs. (1) of s. 6 of the Act was such as may be validly conferred by the Legislative Assembly of the Province of British Columbia as broadly conforming to a type of jurisdiction generally exercised by courts of summary jurisdiction prior to 1867. His second contention was that if he could not succeed on his first point then he submitted that the legislation was nevertheless valid as not creating a Superior Court within the intendment of the *British North America Act*, being rather a valid exercise of provincial legislative authority as part of a legislative plan to assist in the resolution of family disputes.

It will be convenient to deal at once with the appellant's second or alternative point. The submission is, in effect, that so long as the challenged legislation does not result in turning the Provincial Court into a s. 96 court, the jurisdiction conferred by s. 6(1)(a) and related sections may validly be assumed and exercised by the Provincial Court.

ensuite compétence concurrente à la Cour provinciale en vertu de l'al. 6(1)a), à l'exclusion toutefois de toute compétence inhérente de *parens patriae* et aussi de la compétence en vertu de la Partie 3 de la Loi qui porte sur les biens familiaux et le partage des biens entre les époux. Il y a d'autres dispositions de la Loi dont j'aurai l'occasion de traiter plus loin, mais il suffit pour le moment de souligner la portée de la Loi dans son application aux relations familiales et aux enfants dans le cadre de procédures judiciaires ordinaires, qu'il s'agisse de celles de la Cour suprême ou de celles de la Cour provinciale. Bien que la Partie 5 exige que la Cour provinciale agisse de façon sommaire et bien qu'elle confie au lieutenant-gouverneur en conseil la charge d'établir des règles applicables aux procédures de cette cour, rien dans la Loi n'indique, et l'appellant ne le prétend pas non plus, qu'elle apporte quelque changement au caractère judiciaire de la Cour provinciale ou que ce changement peut s'effectuer par le pouvoir d'établir des règles.

Le procureur général de la Colombie-Britannique fonde son pourvoi sur deux moyens. Il fait valoir en premier lieu que la compétence dont un juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique est investi en vertu des al. 6(1)a), b), d) et e) de la Loi peut valablement être conférée par l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique, étant donné que cette compétence correspond d'une manière générale à un type de compétence que les cours de juridiction sommaire exerçaient habituellement avant 1867. Il prétend en second lieu que, s'il ne peut pas réussir sur son premier moyen, la Loi est néanmoins valide parce qu'elle ne crée pas une cour supérieure au sens de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, mais qu'il s'agit plutôt d'un exercice valide du pouvoir législatif provincial dans le cadre d'un plan législatif visant à faciliter le règlement de conflits familiaux.

Il convient d'examiner tout de suite le second moyen de l'appellant, son moyen subsidiaire. Il allègue en fait que dans la mesure où la loi contestée n'a pas pour effet de transformer la Cour provinciale en une cour visée à l'art. 96, la compétence attribuée par l'al. 6(1)a) et les articles connexes peut valablement être assumée et exercée par

The submission is qualified to a degree by the assertion that it is only if there is a transfer or divesting of a jurisdiction exclusively belonging to a s. 96 court at the time of Confederation that there may be ground for saying that the character of the Provincial Court has been unconstitutionally altered. I do not think that these two positions are fully compatible. What I may term the main position appears to borrow from the administrative law cases, cases which deal with a one-specialty agency, e.g. a labour relations board, and to invite the conclusion that if the character of the agency is not changed by the addition of certain questioned powers, then similarly, the Provincial Court may be invested with additional powers without necessarily being transformed into a s. 96 court.

This assertion is founded upon a misconception of the administrative law cases and, most certainly, is not supported by what I would call the court cases. I take three examples from the administrative law cases. In *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, the constitutional attack was not as against the overall jurisdiction of the Board but only against the vesting in it of power to order the reinstatement of an employee, the victim of an unfair labour practice, and to direct the payment to him of compensation for the loss suffered by reason of an unjustified discharge. Indeed, the Saskatchewan Court of Appeal found a violation of s. 96 in the conferment of these powers on the Board. The Privy Council reversed, and it is quite clear that even if it had confirmed, the result would have been merely to strip the particular powers from the Board. The character of the Board, as an agency consisting of provincial appointees, could not have carried a function belonging exclusively to a s. 96 court. So too, in *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112, where the issue was whether the Board could be validly invested with power to issue cease and desist orders or restraining orders akin to injunctions. Although this Court held that the power, in the particular institutional setting, was validly conferred, the *Tomko* case does not

la Cour provinciale. Cette allégation est atténuée dans une certaine mesure par l'argument selon lequel on peut être justifié d'affirmer qu'il y a un changement inconstitutionnel du caractère de la Cour provinciale uniquement s'il y a transfert ou suppression d'une compétence qui, au moment de la Confédération, appartenait exclusivement à une cour visée à l'art. 96. Je ne crois pas que ces deux points de vue soient tout à fait compatibles. Ce que j'appelle la thèse principale semble emprunter aux arrêts en matière de droit administratif qui traitent d'organismes spécialisés dans un seul domaine, comme par exemple une commission des relations du travail, et inviter à conclure que si le caractère d'un organisme ne change pas en raison de l'ajout de certains pouvoirs contestés, il en est alors de même pour la Cour provinciale qui est investie de nouveaux pouvoirs sans pour autant devenir nécessairement une cour visée à l'art. 96.

Cette assertion repose sur une conception erronée de la jurisprudence en droit administratif et n'est très certainement pas appuyée par ce que j'appellerais la jurisprudence judiciaire. Je cite trois exemples tirés de la jurisprudence en droit administratif. Dans l'affaire *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, on contestait pour des motifs constitutionnels non pas la compétence générale de la Commission, mais seulement l'attribution de son pouvoir d'ordonner la réintégration d'un employé victime d'une pratique déloyale de travail et le versement d'une indemnité pour les pertes subies en raison du congédiement injustifié. En fait, la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que l'attribution de ces pouvoirs à la Commission allait à l'encontre de l'art. 96. Le Conseil privé a infirmé cet arrêt et il est bien évident que même s'il l'avait confirmé, cela aurait eu tout simplement pour résultat de dépouiller la Commission des pouvoirs en question. La Commission, étant un organisme dont les membres sont nommés par la province, ne pouvait remplir une fonction appartenant exclusivement à une cour visée à l'art. 96. C'est aussi le cas dans l'affaire *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, [1977] 1 R.C.S. 112, où il s'agissait de déterminer si l'on pouvait validement investir la Commission du pouvoir de délivrer des ordres de ne pas faire

say that, if the power involved a purely s. 96 court function, the character of the tribunal as an otherwise properly appointed provincial agency would have justified its exercise of the power: *cf. Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415, at p. 427.

I take as my third example *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638. There the Province sought to give its Transport Tribunal exclusive and final appellate authority on any question of law arising in the decisions of the Transport Commission (also a provincially-appointed tribunal) which terminate any matter. The decisions of both tribunals were also protected by privative clauses. Although this Court recognized that it was open to a province to establish an appeal structure in respect of decisions of provincial administrative agencies, it concluded that here there was an attempt to exclude the supervisory jurisdiction of the Superior Courts and, indeed, to substitute an administrative agency for an appellate court. This was a different situation from that involved in the present appeal and, unlike the present case, it did involve a transformation of character but, being only in respect of the particular appellate function, it was that function alone that was struck down.

If, as in my view is the fact, the administrative law cases are against the contention of the appellant on its second or alternative point, certainly the court cases are most emphatically so. Three illustrations will also suffice here. In *Toronto Corporation v. York Corporation*, *supra*, the Judicial Committee held that although the Ontario Municipal Board was validly organized as an administrative board with provincial appointees as its members, it could not constitutionally be authorized to construe and vary a water agreement between the two municipalities. I would have thought that if there was any board in Canada with a sufficiently wide administrative jurisdiction whose character would not be imperilled by assigning to

qui s'apparentent à des injonctions. Malgré la conclusion de cette Cour que le pouvoir, eu égard au cadre institutionnel en l'espèce, avait été valablement conféré, l'arrêt *Tomko* ne précise pas que, si le pouvoir comporte l'exercice d'une fonction relevant exclusivement d'une cour visée à l'art. 96, le caractère du tribunal, en tant qu'organisme provincial par ailleurs régulièrement constitué, justifie l'exercice de ce pouvoir: voir *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415, à la p. 427.

Je prends comme troisième exemple l'arrêt *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638. La province a cherché en l'espèce à conférer à son tribunal des transports une compétence d'appel exclusive et définitive sur toute question de droit soulevée par les décisions de la Commission des transports (également un tribunal dont les membres sont nommés par la province) qui terminent une affaire. Les décisions des deux tribunaux étaient également protégées par des clauses privatives. Tout en reconnaissant le droit d'une province d'établir un mécanisme d'appel concernant les décisions des organismes administratifs provinciaux, cette Cour a conclu qu'il y avait en l'espèce une tentative d'exclure le pouvoir de surveillance des cours supérieures et même, de substituer un organisme administratif à une cour d'appel. Cette situation est différente de celle en l'espèce, car il s'agissait bien là d'un changement du caractère de l'organisme mais, comme ce changement n'avait trait qu'à la fonction d'appel particulière, seule cette fonction a été rejetée.

Si, comme je le crois, la jurisprudence en droit administratif n'appuie pas le second moyen ou moyen subsidiaire de l'appelant, la jurisprudence judiciaire l'appuie encore moins. Ici, trois exemples suffiront également. Dans l'arrêt *Toronto Corporation v. York Corporation*, précité, le Comité judiciaire a statué que même si la Commission des Affaires municipales de l'Ontario avait été valablement constituée en tant que commission administrative composée de membres nommés par la province, on ne pouvait constitutionnellement l'autoriser à interpréter et à modifier une entente d'approvisionnement en eau intervenue entre les deux municipalités. J'aurais cru que s'il y a une commission au Canada dont la compétence admi-



it a s. 96 court function it would be the Ontario Municipal Board. The answer, however, was "no" in respect of the particular function. Again, in *Attorney-General for Ontario v. Victoria Medical Building Ltd.*, [1960] S.C.R. 32, this Court held that a Master could not be vested with power to try a mechanic's lien action (where the matter was not before him merely by way of a reference). His essential character as a provincial appointee involved in judicial administration was not enough to carry a s. 96 court power.

*Reference re the Magistrate's Court of Quebec*, [1965] S.C.R. 772, was a case where an increase in the monetary limit of the jurisdiction of this inferior Court, whose presiding officers were provincially appointed, was supported in this Court. There is no doubt, however, that had this Court concluded that the increase resulted in conferring a s. 96 court authority, it would simply have invalidated the particular grant of authority without impairing otherwise the character of the court; and, correlatively, its primary character as an inferior provincial court could not have enabled it competently to absorb what was a purely s. 96 court function.

It is, of course, important to distinguish what I have called purely s. 96 court functions from other functions that are or may be exercised by s. 96 courts. The latter may be stripped from s. 96 courts without constitutional offence. Even functions which, in a particular context, may be regarded as purely s. 96 court functions may lose that purity if they are placed in a different context or are qualified in their use or thrust. These observations need no embellishment because they are adequately reflected in well-known cases, some of which I have already cited.

The Provincial Court, under the *Family Relations Act*, retains its essential character as a court,

nistrative est assez large pour que son caractère ne soit pas compromis par l'attribution d'une fonction propre à une cour visée à l'art. 96, c'est la Commission des Affaires municipales de l'Ontario. La réponse a toutefois été «non» quant à la fonction en question. Dans l'arrêt *Procureur général de l'Ontario c. Victoria Medical Building Ltd.*, [1960] R.C.S. 32, cette Cour a de nouveau statué que l'on ne peut investir un protonotaire du pouvoir de connaître d'une action fondée sur un privilège de constructeur et de fournisseur de matériaux (lorsqu'il n'est pas saisi de l'affaire simplement par renvoi). Son caractère fondamental de fonctionnaire nommé par la province et chargé d'administration judiciaire ne suffit pas pour lui conférer un pouvoir propre à une cour visée à l'art. 96.

Dans le *Renvoi sur la Cour de Magistrat du Québec*, [1965] R.C.S. 772, cette Cour a donné son appui à une hausse de la limite pécuniaire de la compétence de cette cour inférieure dont les membres sont nommés par la province. Il est évident toutefois que si cette Cour avait décidé que la hausse avait pour résultat de conférer un pouvoir propre à une cour visée à l'art. 96, elle aurait tout simplement invalidé l'attribution de pouvoir en question sans porter atteinte de quelque autre manière au caractère de la cour; et, corrélativement, son caractère principal de cour provinciale d'instance inférieure n'aurait pas pu lui donner compétence pour assumer une fonction relevant exclusivement d'une cour visée à l'art. 96.

Il importe, bien sûr, de distinguer ce que j'ai appelé les fonctions relevant exclusivement des cours visées à l'art. 96 des autres fonctions qu'elles exercent ou peuvent exercer. On peut leur enlever ces dernières fonctions sans entorse à la Constitution. Même des fonctions qui, dans un contexte donné, peuvent être considérées comme du ressort exclusif d'une cour visée à l'art. 96, sont susceptibles de perdre cette qualité si on les situe dans un contexte différent ou si des restrictions sont apportées à la manière de les exercer ou à leur portée. Il n'est pas nécessaire d'ajouter à ces observations, car des arrêts bien connus, j'en ai déjà cité quelques-uns, en disent assez long à ce sujet.

La Cour provinciale, aux termes de la *Family Relations Act*, conserve son caractère essentiel de

and there was no contention that it dealt in any different guise with the package of family law matters confided to it under s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) and related provisions. Neither the fact of certain concurrency of jurisdiction with the British Columbia Supreme Court nor its subjection to review or appeal provide any basis for entitling the Provincial Court to absorb s. 96 court functions on the ground that it has not been transformed into a superior, district or county court.

In my opinion, therefore, the appellant fails in its second or alternative contention and I turn now to its principal submission.

That submission, namely, that the jurisdiction conferred upon the Provincial Court by s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) of the *Family Relations Act* conformed broadly to a type of jurisdiction exercised by inferior courts prior to or at 1867, relied heavily on the judgment of this Court in the *Reference re The Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398. It had the support, as interveners, of the Attorneys General of Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba and Alberta but was opposed by the Attorney General of Canada.

Whether the s. 96 issue in this appeal be framed as it was by Duff C.J. in the *Adoption Reference* at p. 421 ("does the jurisdiction conferred upon magistrates under these statutes broadly conform to a type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by courts within the purview of s. 96?") or by Lord Simonds in the *John East Iron Works* case, *supra*, at p. 154 ("Does the jurisdiction conferred by the Act [*The Saskatchewan Trade Union Act*] on the appellant board broadly conform to the type of jurisdiction exercised by the superior, district or county courts?") the question of broad conformity cannot be conclusively determined by historical antecedents, especially those based on English legislation, referable to summary or inferior court jurisdiction alone. The historical antecedents are, of course, relevant but where they rest purely on English unitary state

tribunal judiciaire et on ne prétend pas qu'elle agit autrement qu'en cette qualité lorsqu'elle traite l'ensemble des questions de droit de la famille qui lui sont soumises en vertu des al. 6(1)a), b), d) et e) et des dispositions connexes. Ni une certaine concurrence en matière de compétence avec la Cour suprême de la Colombie-Britannique ni son assujettissement aux procédures de révision ou d'appel ne permettent à la Cour provinciale d'assumer des fonctions relevant d'une cour visée à l'art. 96 pour le motif qu'elle n'est pas ainsi transformée en cour supérieure, de district ou de comté.

J'estime donc que l'appellant échoue dans son second moyen ou moyen subsidiaire et je passe maintenant à son moyen principal.

Ce point, savoir que la compétence conférée à la Cour provinciale par les al. 6(1)a), b), d) et e) de la *Family Relations Act* correspond d'une manière générale à un type de compétence que les tribunaux inférieurs exerçaient en 1867 ou avant cette date, s'appuie fortement sur l'arrêt de cette Cour dans le *Renvoi sur l'adoption*, [1938] R.C.S. 398. Les intervenants, les procureurs généraux de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba et de l'Alberta, appuient cette affirmation, mais le procureur général du Canada s'y oppose.

Que la question fondée sur l'art. 96 dont nous sommes saisis soit formulée à la manière du juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l'adoption*, à la p. 421 [TRADUCTION] («la compétence attribuée aux magistrats en vertu de ces lois correspond-elle d'une manière générale à un type de compétence pouvant habituellement être exercée par des cours de juridiction sommaire plutôt qu'à la compétence qu'exercent les cours visées à l'art. 96?») ou de lord Simonds dans l'arrêt *John East Iron Works*, précité, à la p. 154 [TRADUCTION] «La compétence que la Loi [*The Saskatchewan Trade Union Act*] confère à la Commission appelante, correspond-elle d'une manière générale au type de compétence qu'exercent les cours supérieures, de district ou de comté?», il est impossible de répondre définitivement à la question de la correspondance générale au moyen d'antécédents historiques relatifs uniquement à la compétence des cours de

considerations they must be carefully scrutinized for their rationale. It is not for this Court, by deploring the presence in the Canadian Constitution of such an anomalous provision as s. 96, to reduce it to an absurdity through an interpretation which takes it literally as an appointing power without functional implications. More to the point in historical relevance is a comparison of superior or county and district court and inferior court jurisdiction before or at 1867. The caution sounded by counsel for the Attorney General of Canada against accepting what he called an anomalous jurisdiction vested in an inferior court before 1867 as a ground for justifying an escape from s. 96 has merit. It is not as if jurisdiction vested in an inferior court before 1867 was so vested in contemplation of an eventual federal constitution containing a provision like s. 96. At the same time, the vesting of certain types of jurisdiction in inferior courts rather than in superior courts before 1867 must carry weight in a post-1867 appraisal of the propriety of maintaining such jurisdiction in inferior courts or assigning to them like though not exactly similar jurisdiction.

In the light of the foregoing, I do not think (to take one example) that at a time when there was no Chancery Court in Upper Canada the vesting of a limited guardianship jurisdiction in a Surrogate Court, being regarded as an inferior court, can be taken as supporting the broad guardianship jurisdiction vested in the Provincial Court under s. 6(1)(a) of the *Family Relations Act*. Especially is this so when a broad general jurisdiction in respect of the guardianship of infants was vested in the Court of Chancery when established in Upper Canada by 1837 (U.C.), c. 2, and was continuously exercised by that Court up to and, indeed, after 1867. I refer to the reasons of Hinkson J.A. on this

jurisdiction sommaire ou inférieures, particulièrement lorsque ces antécédents se fondent sur la législation anglaise. Les antécédents historiques sont, bien entendu, pertinents mais lorsqu'ils reposent exclusivement sur des considérations propres à l'état unitaire anglais, il faut en rechercher soigneusement le fondement. Il n'appartient pas à cette Cour, en déplorant la présence dans la Constitution canadienne d'une disposition singulière comme l'art. 96, de la réduire à l'absurdité par une interprétation littérale selon laquelle elle conférerait un pouvoir de nomination sans valeur pratique. Ce qui nous intéresse davantage sur le plan historique, c'est une comparaison entre la compétence des cours supérieures ou des cours de comté et de district et celle des cours inférieures en 1867 ou avant cette date. C'est à bon droit que l'avocat du procureur général du Canada nous met en garde contre l'acceptation de ce qu'il appelle une compétence anormale accordée à une cour inférieure avant 1867 pour justifier la non-application de l'art. 96. Ce n'est pas comme si la compétence attribuée à une cour inférieure avant 1867 avait été conférée dans l'optique d'une constitution fédérale qui contiendrait éventuellement une disposition comme l'art. 96. Mais en même temps, l'attribution de certains types de compétence à des cours inférieures plutôt qu'à des cours supérieures avant 1867 doit être prise en considération dans toute évaluation ultérieure de l'opportunité de continuer à réserver cette compétence aux cours inférieures ou de leur attribuer une compétence semblable mais non tout à fait la même.

Compte tenu de ce qui précède, je ne crois pas (pour ne citer qu'un seul exemple) qu'à une époque où il n'y avait pas de Cour de chancellerie dans le Haut-Canada, l'attribution d'une compétence limitée en matière de tutelle à un tribunal des successions et des tutelles, celui-ci étant considéré comme une cour inférieure, puisse être interprétée comme un appui à la compétence générale en matière de tutelle dont l'al. 6(1)a) de la *Family Relations Act* investit la Cour provinciale. Cela est d'autant plus vrai que la Cour de chancellerie a été investie d'une large compétence générale en matière de tutelle de mineurs lorsque la loi 1837 (H.-C.), chap. 2, l'a établie dans le Haut-Canada,

question to which I have nothing to add.

### The Adoption Reference

Because of the emphasis of the appellant and of the intervening provincial Attorneys General on the reasons of Duff C.J., speaking for this Court, in the *Adoption Reference*, it is desirable to examine it in some detail. Four Ontario statutes were involved in the Reference, namely, *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, c. 218, *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, c. 312, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, c. 217, and *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211. The questions referred to the Supreme Court of Canada with respect to these provincial Acts were as follows:

1. With reference to the *Adoption Act*, R.S.O. 1937, c. 218 has—

- (a) the Judge or Junior or Acting Judge of County or District Court;
- (b) a Judge of the Juvenile Court designated a Judge by the Lieutenant-Governor in Council pursuant to the aforesaid Act

authority to perform the functions which the legislature has purported to vest in him by the provisions of the said Act, and, if not, in what particular or particulars or to what extent does he lack such authority?

2. With reference to the *Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, c. 312, has—

- (a) the Judge or Junior or Acting Judge of the County or District Court; or
- (b) a Police Magistrate or Judge of the Juvenile Court designated a Judge by the Lieutenant-Governor in Council pursuant to the aforesaid Act; or
- (c) a Justice of the Peace

authority to perform the functions which the legislature has purported to vest in him by the provisions of the said Act, and, if not, in what particular or particulars or to what extent does he lack such authority?

3. With reference to the *Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, c. 217, has—

- (a) the Judge or Junior or Acting Judge of a County or District Court; or
- (b) a Police Magistrate or Judge of the Juvenile Court designated a Judge by the Lieutenant-

et elle a continué à exercer cette compétence jusqu'en 1867 et même après. A ce propos, je renvoie aux motifs du juge Hinkson auxquels je n'ai rien à ajouter.

### Le Renvoi sur l'adoption

Puisque l'appellant et les procureurs généraux provinciaux qui sont intervenus ont insisté sur les motifs du juge en chef Duff, qui parlait au nom de cette Cour, dans le *Renvoi sur l'adoption*, il est souhaitable d'examiner cet arrêt en détail. Le renvoi visait quatre lois ontariennes, savoir *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, chap. 218, *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, chap. 312, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, chap. 217, et *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, chap. 211. La Cour suprême du Canada a été saisie des questions suivantes sur ces lois provinciales:

[TRADUCTION] 1. Quant à *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, chap. 218,

- a) le juge, le juge junior ou le juge suppléant de la cour de comté ou de district,
- b) un juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge par le lieutenant-gouverneur en conseil conformément à la loi précitée

a-t-il le pouvoir d'exercer les fonctions dont le législateur a voulu l'investir par les dispositions de ladite loi et, dans la négative, à quels égards et dans quelle mesure ce pouvoir lui fait-il défaut?

2. Quant à *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, chap. 312,

- a) le juge, ou le juge junior ou le juge suppléant de la cour de comté ou de district,
- b) un magistrat de police ou un juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge par le lieutenant-gouverneur en conseil conformément à la loi précitée ou
- c) un juge de paix

a-t-il le pouvoir d'exercer les fonctions dont le législateur a voulu l'investir par les dispositions de ladite loi et, dans la négative, à quels égards et dans quelle mesure ce pouvoir lui fait-il défaut?

3. Quant à *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, chap. 217,

- a) le juge, le juge junior ou le juge suppléant d'une cour de comté ou de district, ou
- b) un magistrat de police ou un juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge par le lieutenant-

Governor in Council pursuant to the aforesaid Act

authority to perform the functions which the legislature has purported to vest in him by the provisions of the said Act, and, if not, in what particular or particulars or to what extent does he lack such authority?

4. With reference to the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211, has—

- (a) a Justice of the Peace; or
- (b) a Magistrate; or
- (c) a Judge of the Juvenile Court

authority to perform the functions which the legislature has purported to vest in him by the provisions of the said Act, and, if not, in what particular or particulars or to what extent does he lack such authority?

The Court answered each question in the affirmative. It is relevant to look at the functions assigned to the various judges and judicial officers under the respective Acts and to consider how they were assessed in the reasons of the learned Chief Justice.

*The Adoption Act* was but briefly considered in the Reference. One sentence constitutes the only attention given to it by Duff C.J., subject to an indirect reference at the very conclusion of his reasons. After saying that he did not intend to examine the legislation before him in detail, he went on (at p. 418):

Let me first observe that the jurisdiction of the Legislature to pass the *Adoption Act* appears to me too clear for discussion and I add nothing to that.

Of course, there was jurisdiction to enact that particular measure in its substantive and procedural provisions, and I must take it that the learned Chief Justice's appreciation also extended to the administration of the Act. Shortly, what the Act did was to provide for applications for adoption and for orders for adoption by "the Court" and there were ancillary provisions which need not be examined here. For present purposes, the key section was s. 9.(1), reading as follows:

9.—(1) The court having jurisdiction to make an adoption order shall be the Supreme Court, or

- (i) the judge, or junior, or acting judge of the county or district court; or

gouverneur en conseil conformément à la loi précitée

a-t-il le pouvoir d'exercer les fonctions dont le législateur a voulu l'investir par les dispositions de ladite loi et, dans la négative, à quels égards et dans quelle mesure ce pouvoir lui fait-il défaut?

4. Quant à *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, chap. 211, .

- a) un juge de paix,
- b) un magistrat ou
- c) un juge du tribunal de la jeunesse

a-t-il le pouvoir d'exercer les fonctions dont le législateur a voulu l'investir par les dispositions de ladite loi et, dans la négative, à quels égards et dans quelle mesure ce pouvoir lui fait-il défaut?

La Cour a répondu à chaque question par l'affirmative. Il convient d'étudier les fonctions attribuées aux différents juges et fonctionnaires judiciaires par les lois respectives et d'examiner comment le savant Juge en chef les a analysées dans ses motifs.

*The Adoption Act* n'a été abordée que brièvement dans le renvoi. Le juge en chef Duff n'y consacre qu'une seule phrase, abstraction faite d'une mention indirecte à la toute fin de ses motifs. Après avoir déclaré qu'il ne se proposait pas d'examiner en détail la loi en question, il a ajouté (à la p. 418):

[TRADUCTION] Qu'il me soit permis de souligner en premier lieu que la compétence de la législature pour adopter *The Adoption Act* me paraît trop évidente pour être débattue et je n'ai rien d'autre à ajouter à ce sujet.

Bien sûr, la législature avait compétence pour adopter les dispositions de fond et de procédure de la loi en question et je dois tenir pour acquis que l'observation du savant Juge en chef s'étend également à l'application de la Loi. En résumé, la Loi prévoyait des demandes d'adoption et des ordonnances d'adoption émanant de [TRADUCTION] «la cour» et elle comportait des dispositions accessoires qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ici. Aux fins de l'espèce, la disposition clé est le par. 9.(1) qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 9.—(1) La Cour suprême a compétence pour rendre une ordonnance d'adoption, ou

- i) le juge, le juge junior ou le juge suppléant de la cour de comté ou de district, ou

(ii) when designated by the Lieutenant-Governor in Council as a judge within the meaning of this Act, the judge of the juvenile court,

within whose jurisdiction either the applicant or the person to be adopted resides at the time of the application for the order.

No difficulty arises under s. 96 so far as adoption orders were within the jurisdiction of the Supreme Court of Ontario or a county or district court. There is no definition of who may be an acting county or district judge but, obviously, it could not be a provincial appointee. The difficulty that arises is with respect to the assignment of concurrent jurisdiction in adoption to a judge of the Juvenile Court when designated as a judge, for the purposes of the Act, by the Lieutenant Governor in Council.

Who was a judge of the Juvenile Court? At the particular time, the designation and definition were found in *The Juvenile and Family Courts Act*, R.S.O. 1937, c. 316. It provided for the establishment of a Juvenile Court in every city, town and county in which the federal *Juvenile Delinquents Act* was proclaimed and for the appointment of the Juvenile Court Judge by the Lieutenant Governor in Council. The indirect reference by Duff C.J., to which I adverted, concerns the Juvenile Court and is to the following effect (at p. 422):

Now, the Juvenile Court is recognized and, to my mind, properly beyond all doubt recognized as a properly constituted court for the purpose of dealing with offences under the Dominion *Juvenile Delinquents' Act*, 1929 (19-20 Geo. V, ch. 46) and the amendments of 1935 and 1936 (25-26 Geo. V, ch. 41, and 1 Edw. VIII, ch. 40).

Jurisdiction under the old law of the Province of Canada in respect of offences by juvenile delinquents was exercisable by two justices of the peace, by a recorder, or by a stipendiary magistrate. A Juvenile Court constituted for exercising this jurisdiction in respect of juvenile offenders is plainly to my mind a court not within s. 96 and it does not become so by virtue of the fact that the officers presiding over it are invested with further jurisdiction of the same character as is validly given to magistrates and justices of the peace.

(ii) le juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge au sens de la présente loi par le lieutenant-gouverneur en conseil,

dans le ressort duquel soit le demandeur, soit la personne à être adoptée, réside au moment de la demande d'ordonnance.

Dans la mesure où les ordonnances d'adoption relevaient de la Cour suprême de l'Ontario ou d'une cour de comté ou de district, l'art. 96 ne posait aucune difficulté. La Loi ne précisait pas qui pouvait être juge suppléant dans la cour de comté ou de district, mais de toute évidence il ne pouvait s'agir d'une personne nommée par la province. Le problème qui se pose émane de l'attribution d'une compétence concurrente en matière d'adoption à un juge du tribunal de la jeunesse désigné comme juge aux fins de la Loi par le lieutenant-gouverneur en conseil.

Qui était juge du tribunal de la jeunesse? A cette époque-là, la désignation et la définition se trouvaient dans *The Juvenile and Family Courts Act*, R.S.O. 1937, chap. 316. Cette loi prévoyait d'une part la création d'un tribunal de la jeunesse dans chaque cité, ville et comté où la *Loi sur les jeunes délinquants* fédérale avait été proclamée et d'autre part, la nomination du juge du tribunal de la jeunesse par le lieutenant-gouverneur en conseil. La mention indirecte du juge en chef Duff, à laquelle j'ai fait allusion, porte sur le tribunal de la jeunesse et elle se lit comme suit (à la p. 422):

[TRADUCTION] Or, il est reconnu, et selon moi, à juste titre, que le tribunal de la jeunesse est un tribunal régulièrement constitué pour connaître des infractions visées par la *Loi des jeunes délinquants* fédérale, 1929 (19-20 Geo. V, chap. 46) et par les modifications de 1935 et 1936 (25-26 Geo. V, chap. 41 et 1 Edw. VIII, chap. 40).

Suivant l'ancienne loi de la province du Canada, la compétence en matière d'infractions commises par des jeunes délinquants pouvait être exercée par deux juges de paix, un «recorder» ou un magistrat stipendiaire. Il est évident, à mon avis, qu'un tribunal de la jeunesse constitué pour exercer cette compétence à l'égard des jeunes contrevenants ne relève pas de l'art. 96 et cela ne change pas du fait que les fonctionnaires qui le président sont investis d'une compétence supplémentaire de même nature que celle validement conférée aux magistrats et aux juges de paix.

This does not, in my opinion, answer the question whether s. 96 is violated by assigning adoption jurisdiction to a Juvenile Court Judge. Certainly, the Parliament of Canada is not inhibited by s. 96 in conferring upon any judicial officers jurisdiction in matters falling within federal competence: see *In re Vancini* (1904), 34 S.C.R. 621. Thus, it could properly assign jurisdiction under its *Juvenile Delinquents Act* to Juvenile Courts established by the province and whose presiding officers were provincial appointees.

Given that Juvenile Courts, staffed as prescribed under the provincial statute, were not s. 96 courts, they would by that very fact be incompetent to exercise a purely s. 96 function. The only general support that can be gleaned from Duff C.J.'s reasons for the exercise of adoption jurisdiction by a designated Juvenile Court Judge is in his statement (at p. 403) that "The statutes before us constitute a part of the legislative measures in Ontario directed to these various ends". He had earlier defined those ends as including the care of people in distress, including neglected children and deserted wives, and the proper education and training of youth. He then supplemented his assertion of a legislative plan by adding at p. 403 that "It would be competent to the Province of Ontario to put in effect a Poor Law system modelled upon that which prevails in England to-day. The province has not seen fit to do that but in some important respects the statutes that we have to consider embody features of the Poor Law system".

The concept of a legislative plan was one of the principal bases of the appellant's position. I shall come to this later in these reasons. I do not, however, see the Ontario *Adoption Act* as having any but the most tenuous connection with any legislative plan with which the other three challenged statutes in the *Adoption Reference* may be said to be associated. There is special provision in

Cela ne répond pas, à mon avis, à la question de savoir s'il y a violation de l'art. 96 lorsqu'on attribue compétence en matière d'adoption à un juge du tribunal de la jeunesse. Certes, l'art. 96 n'empêche pas le Parlement du Canada de conférer à des fonctionnaires judiciaires la compétence sur les questions qui sont du ressort fédéral: voir l'arrêt *In re Vancini* (1904), 34 R.C.S. 621. Le Parlement pouvait donc à bon droit donner compétence en vertu de sa *Loi sur les jeunes délinquants* à des tribunaux de la jeunesse établis par la province, dont les fonctionnaires présidant étaient nommés par celle-ci.

Vu que les tribunaux de la jeunesse, dotés en personnel conformément aux dispositions de la loi provinciale, ne sont pas des cours visées à l'art. 96, ils n'ont donc pas compétence pour exercer une fonction relevant exclusivement de cet article. Le seul appui général qui peut être tiré des motifs du juge en chef Duff en faveur de l'exercice de la compétence en matière d'adoption par un juge désigné du tribunal de la jeunesse, ressort de sa déclaration (à la p. 403) que [TRADUCTION] «Les lois que nous examinons font partie des mesures législatives ontariennes prises à ces différentes fins». Plus tôt, il avait défini ces fins comme comprenant l'apport de soins aux personnes dans la détresse, y compris les enfants négligés et les femmes abandonnées, ainsi que la bonne éducation et formation de la jeunesse. Il a alors ajouté à la p. 403, relativement à ce qu'il qualifiait de plan législatif, que [TRADUCTION] «La province de l'Ontario aurait compétence pour établir un corps de lois sur l'assistance publique calqué sur celui actuellement en vigueur en Angleterre. La province n'a pas cru bon de le faire, mais à certains égards importants, les lois que nous avons à examiner comportent des éléments du corps de lois sur l'assistance publique».

La notion d'un plan législatif constitue l'un des principaux fondements de la thèse de l'appellant. Je reviendrai sur ce point plus loin dans ces motifs. J'estime toutefois que *The Adoption Act* de l'Ontario n'a qu'un rapport très ténu avec un plan législatif auquel on peut dire que les trois autres lois contestées dans le *Renvoi sur l'adoption* sont liées. *The Adoption Act* comporte une disposition

*The Adoption Act* (s. 3(4)) for the adoption of neglected children, but the Act is general in its sweep and adoption orders have certain property consequences as indicated in the Act.

The intervening Attorney General of Ontario laid great stress on *The Adoption Reference* and on its support of the jurisdiction conferred in adoption on Juvenile Court Judges. It was for him as for the other intervening provincial Attorneys General, and certainly for the appellant, an important link in their chain of argument. I cannot subscribe to the view that the *Adoption Reference*, in so far as it upheld the validity of s. 9(1)(ii) of *The Adoption Act*, is acceptable support for the contentions of the appellant on s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) of the *Family Relations Act*. I regard this aspect of the *Adoption Reference* as out of line with what was otherwise said there by way of principle.

Not only do I reject any submission that *The Adoption Act* can be considered *in pari materia* or as part of a legislative package with the other three statutes included in the *Adoption Reference* but, taking it alone, I do not see the jurisdiction in adoption, in the general terms in which it was conferred by the Act, as being more conformable to the jurisdiction of an inferior court than to that of a superior or county or district court. There is no doubt that neglected children, and certainly unwanted children, are prime subjects of adoption applications, but looked at from the point of view of the severance of natural parentage and the creation of new parental relationships, with personal and property consequences, I would regard adoption jurisdiction as fitting more appropriately in the catalogue of s. 96 functions than not.

Although *The Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, c. 64, s. 70, which embraces the first three statutes involved in the *Adoption Reference* appears to have accepted this position by vesting jurisdiction to make adoption orders only in the Supreme

spéciale (le par. 3(4)) sur l'adoption d'enfants négligés, mais la Loi est de portée générale et, comme elle l'indique, les ordonnances d'adoption ont certaines incidences en matière de biens.

<sup>a</sup> Le procureur général de l'Ontario intervenant a beaucoup insisté sur le *Renvoi sur l'adoption* et l'appui que cet arrêt donne à l'attribution de la compétence en matière d'adoption aux juges du tribunal de la jeunesse. C'est pour lui, comme pour les autres procureurs généraux provinciaux intervenants, et certainement pour l'appelant, un élément important de leur argumentation. Je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle le *Renvoi sur l'adoption*, dans la mesure où il confirme la validité du sous-al. 9(1)(ii) de *The Adoption Act*, peut être retenu pour appuyer les affirmations de l'appelant concernant les al. 6(1)a), b), d) et e) de la *Family Relations Act*. J'estime que cet aspect du *Renvoi sur l'adoption* n'est pas conforme aux autres déclarations de principe contenues ailleurs dans l'arrêt.

<sup>e</sup> Non seulement je rejette toute affirmation que *The Adoption Act* peut être considérée comme une loi identique aux trois autres lois en cause dans le *Renvoi sur l'adoption* ou comme faisant partie d'un ensemble législatif avec ces trois autres lois, mais, considérée séparément, j'estime que la compétence en matière d'adoption, selon les conditions générales de son attribution par la Loi, ne correspond pas davantage à la compétence d'une cour inférieure qu'à celle d'une cour supérieure, de comté ou de district. Il ne fait aucun doute que les enfants négligés, et certainement les enfants non souhaités, font l'objet principal des demandes d'adoption, mais en considérant la question du point de vue de la rupture de liens parentaux naturels et de la création de nouveaux liens parentaux, avec leurs conséquences tant sur le plan personnel que sur celui des biens, je serais porté à croire qu'il y a davantage lieu de situer la compétence en matière d'adoption au nombre des fonctions relevant de l'art. 96.

<sup>j</sup> Bien que *The Child Welfare Act*, R.S.O. 1970, chap. 64, s. 70, qui englobe les trois premières lois visées par le *Renvoi sur l'adoption*, semble avoir retenu ce point de vue en attribuant seulement à la Cour suprême et aux cours de comté ou de district



Court and in the County or District Courts, there is a reversion to the former position in the current *Child Welfare Act, 1978, 1978 (Ont.), c. 85*, as amended. It strips the Supreme Court and the County and District Courts of jurisdiction to make adoption orders and vests the jurisdiction under s. 71 in the Provincial Court (Family Division) or in the Unified Family Court. The latter was established for a trial period, now extended to July 1, 1982 under *The Unified Family Court Act, 1976, 1976 (Ont.), (2nd Sess.), c. 85*, as amended. The *Unified Family Court* is presided over by a County Court Judge or by a Surrogate Court Judge, authorized to exercise the jurisdiction of a Judge of a Provincial Court (Family Division). My view of the matter would lead to the conclusion that general adoption jurisdiction cannot competently be vested in a provincial court.

le pouvoir de rendre des ordonnances d'adoption, la loi actuelle, *Loi de 1978 sur le bien-être de l'enfance* actuelle, 1978 (Ont.), chap. 85 et modifications, marque un retour à la situation antérieure.

a Cette dernière loi enlève à la Cour suprême et aux cours de comté et de district le pouvoir de rendre des ordonnances d'adoption et, aux termes de l'art. 71, en investit la Cour provinciale (Division de la famille) et le Tribunal unifié de la famille. Cette

b dernière cour a été établie pour une période d'essai, maintenant prorogée jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1982, en vertu de *The Unified Family Court Act, 1976, 1976 (Ont.), (2<sup>e</sup> sess.), chap. 85* et modifications.

c Le Tribunal unifié de la famille est présidé par un juge de la cour de comté ou de la cour des successions et des tutelles, autorisé à exercer la compétence d'un juge de la Cour provinciale (Division de la famille). Mon opinion sur la question m'amène

d à conclure qu'on ne peut légitimement investir une cour provinciale d'une compétence générale en matière d'adoption.

e

The second of the referred statutes, *The Children's Protection Act*, was said by Duff C.J. at p. 403 to be "Perhaps the most important of these enactments now before us". There are two passages in his judgment dealing with this Act, with his characterization of it. They are paragraphs widely separated by a very extensive discussion of previous decisions and leading to conclusions which I certainly accept, namely, there are courts outside of s. 96 whose presiding officers may constitutionally be appointed by the province and, further, the jurisdiction of such courts was not frozen as of 1867. He also recognized and approved a proposition of Drake J. in *In re Small Debts Act* (1896), 5 B.C.R. 246, that no line can be drawn which would enable one to determine over which courts federal appointees must preside and over which courts provincial appointees may preside since every case must depend on the particular circumstances and dealt with when the necessity to do so arises.

Quant à la deuxième loi faisant l'objet du renvoi, soit *The Children's Protection Act*, le juge en chef Duff a déclaré à la p. 403 qu'elle était

f [TRADUCTION] «Peut-être le plus important des textes législatifs dont nous sommes maintenant saisis». Deux passages de ses motifs sont consacrés à son interprétation de cette loi. Ces passages sont

g entrecoupés d'une étude très approfondie des arrêts antérieurs qui aboutit à des conclusions auxquelles je souscris certainement, savoir qu'il existe des cours non visées à l'art. 96 dont les

h fonctionnaires présidant peuvent être nommés constitutionnellement par la province et, en outre, que la compétence de ces cours n'est pas figée depuis 1867. Il a également reconnu et approuvé la proposition du juge Drake dans la décision *In re Small Debts Act* (1896), 5 B.C.R. 246, voulant

i qu'il soit impossible de tirer une ligne de démarcation permettant de déterminer quelles cours doivent être présidées par des fonctionnaires nommés par le fédéral et lesquelles peuvent être présidées

j par des fonctionnaires nommés par la province, car chaque cas est un cas d'espèce qui doit être traité lorsqu'il devient nécessaire de le faire.

I come back to the two passages in which Duff C.J. characterized *The Children's Protection Act*. In the first (at p. 403), he said this:

The plan to which it gives effect is aimed at producing effective cooperation between organized voluntary services and public authorities, police officers, probation officers, justices of the peace, police magistrates, and a special tribunal known as the Juvenile or Family Court. The statute, as well as similar statutes in other provinces, has proved an admirable agency for the purpose for which it was designed.

The second passage is in these terms (at p. 421):

Having regard to the purpose of the Act and its machinery, it appears to me to be precisely the kind of legislation which might be described as the modern counterpart of the Poor Law legislation in those features of it which are concerned with the care of neglected children. With great respect, I am unable to perceive any ground upon which it can be validly affirmed that magistrates exercising jurisdiction under this statute are entering upon a sphere which, having regard to legal history, belongs to the Superior Courts rather than to courts of summary jurisdiction; or that in exercising the functions attributed to them by this legislation they come within any fair intendment of section 96.

It is proper, perhaps, to advert particularly to the circumstance that, by section 26 of the statute, a Supreme Court judge has authority at any time to put an end to the guardianship of a Children's Aid Society and to return the child to the parents (*Re Maher* [(1913) 28 Ont. L.R. 419.])

The Act provides for the supervision of neglected children, widely defined to include uncared for, abandoned or deserted children, ill-treated children, truant children and so on, and it goes on to provide for their apprehension and for bringing them before a judge, defined to include a magistrate or Juvenile Court Judge designated to be such under the Act by the Lieutenant Governor in Council. Temporary custody orders may be made by the judge pending determination whether the apprehended child is a neglected child. If such a finding is made, the child may be returned to its parents or guardian subject to the supervision of the Children's Aid Society or may be committed temporarily or permanently to the care and custody of the Children's Aid Society. If there is

Je reviens aux deux passages où le juge en chef Duff interprète *The Children's Protection Act*. Dans le premier passage (à la p. 403), il a déclaré ce qui suit:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Le plan qu'elle met à exécution vise l'instauration d'une collaboration efficace entre les services bénévoles organisés et les autorités publiques, les policiers, les agents de probation, les juges de paix, les magistrats de police et un tribunal spécial appelé tribunal de la jeunesse ou tribunal de la famille. Cette loi, comme les lois semblables d'autres provinces, s'est révélée admirablement bien adaptée à la fin à laquelle elle a été conçue.

<sup>c</sup> Le second passage se lit comme suit (à la p. 421):

[TRADUCTION] Compte tenu de son objet et de ses mécanismes, la Loi me paraît, dans ses aspects qui portent sur le soin d'enfants négligés, constituer précisément ce genre de lois que l'on peut décrire comme le pendant moderne des lois sur l'assistance publique. Avec grands égards, je ne puis concevoir aucun motif valable à l'appui de l'affirmation que les magistrats exerçant compétence en vertu de cette loi touchent à un domaine qui, compte tenu de l'histoire juridique, relève des cours supérieures plutôt que des cours de juridiction sommaire; ou qu'en exerçant les fonctions que cette loi leur attribue, ces magistrats tombent dans le champ d'application de l'art. 96.

<sup>f</sup> Il convient peut-être de faire mention particulière du fait qu'aux termes de l'art. 26 de la loi, un juge de la Cour suprême a le pouvoir de mettre fin à tout moment à la tutelle exercée par une société de protection de l'enfance et de rendre l'enfant à ses parents (*Re Maher* [(1913) 28 Ont. L.R. 419.])

<sup>g</sup> La Loi prévoit la surveillance des enfants négligés, lesquels sont définis largement de manière à comprendre les enfants délaissés ou abandonnés, les enfants maltraités, les enfants qui font l'école buissonnière, etc., et elle permet en outre que ces enfants soient appréhendés et traduits devant un juge qui, par définition, comprend un magistrat ou un juge du tribunal de la jeunesse ainsi désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil conformément à la Loi. Le juge peut rendre des ordonnances de garde provisoires en attendant la décision relative à la question de savoir si l'enfant appréhendé est un enfant négligé. S'il conclut que c'est le cas, l'enfant peut être rendu à ses parents sous réserve de surveillance par la Société de protection de l'enfance ou confié, temporairement ou en perma-

permanent committal, the Children's Aid Society as legal guardian is enjoined to find a suitable foster home for the child. There are supplementary provisions, including prohibitions against night loitering by children and for bringing juvenile offenders before a judge who may work with the Children's Aid Society or industrial schools rather than send the child to prison. In short, as Duff C.J. indicated, this Act deals summarily with a special kind of social problem arising from a sense of communal responsibility to salvage the lives of neglected children.

The third statute in the *Adoption Reference*, *The Children of Unmarried Parents Act*, reflects provincial concern for children born out of wedlock by the appointment of officers charged to obtain information about them and to act in their interests if they are uncared for. Moreover, with the consent of such officers, children born out of wedlock who cannot be provided for by their parents may be dealt with as neglected children under *The Children's Protection Act*. Apart from the foregoing, *The Children of Unmarried Parents Act* provides for affiliation orders under which the father and the mother may be required to pay for the maintenance of their child. The provincial officers are charged to see to the enforcement of the maintenance awards.

The fourth statute involved in the Reference, *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, empowers a magistrate to make an order against a husband for maintenance of a wife and their children if the wife has been deserted by him without his having made adequate provision for their maintenance.

Duff C.J. gave a joint characterization to the last-mentioned two Acts. This was his assessment [at pp. 418-20]:

As regards the *Children of Unmarried Parents Act* and the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, these statutes, broadly speaking, aim at declaring and enforcing the obligations of husbands and parents to maintain their wives and children and these, self-evi-

nence, aux soins et à la garde de la Société de protection de l'enfance. S'il s'agit d'une mesure permanente, la Société de protection de l'enfance, en sa qualité de tutrice, est tenue de trouver à l'enfant un foyer nourricier convenable. Il y a des dispositions supplémentaires dont certaines interdisent aux enfants de flâner dans les rues la nuit et d'autres exigent que les jeunes contrevenants soient traduits devant un juge qui peut agir de concert avec la Société de protection de l'enfance ou des écoles industrielles plutôt que d'envoyer l'enfant en prison. Bref, comme le juge en chef Duff l'a souligné, cette loi traite de façon sommaire d'un type spécial de problème social qui découle d'un sens du devoir collectif de veiller au salut des enfants négligés.

*The Children of Unmarried Parents Act*, la troisième loi traitée dans le *Renvoi sur l'adoption*, reflète la sollicitude de la province pour les enfants naturels en nommant des agents chargés d'obtenir des renseignements sur eux et d'agir dans leur intérêt s'ils sont délaissés. De plus, lorsque ces agents y consentent, les enfants naturels dont les parents sont dans l'impossibilité de les entretenir peuvent être traités comme des enfants négligés au sens de *The Children's Protection Act*. Outre ce qui précède, *The Children of Unmarried Parents Act* prévoit des ordonnances de filiation en vertu desquelles le père et la mère peuvent être tenus de payer l'entretien de leur enfant. Les agents provinciaux sont chargés de faire respecter les ordonnances de pension alimentaire.

La quatrième loi dont il est question dans le renvoi, soit *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, habilite un magistrat à rendre contre un mari une ordonnance de pension alimentaire en faveur de sa femme et leurs enfants s'il a abandonné sa femme sans avoir pourvu de façon adéquate à leur entretien.

Le juge en chef Duff a traité simultanément ces deux dernières lois. Voici ce qu'il en a dit [aux pp. 418 à 420]:

[TRADUCTION] Quant à *The Children of Unmarried Parents Act* et *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, ces lois visent, de façon générale, à déclarer et à faire respecter les obligations qu'ont les maris et les parents d'entretenir leur femme et leurs

dently, are peculiarly matters for provincial authority. As regards the maintenance of illegitimate children and deserted wives and children, the public responsibility, as already mentioned, rests exclusively with the provinces and it is for the provincial legislatures, and for them alone, to say how the incidence of that responsibility shall be borne. The enactments are closely analogous to certain of the enactments forming part of the Poor Law system as it has developed in England since the time of Elizabeth; and the jurisdiction vested by these statutes in magistrates and judges of the Juvenile Court is not in substance dissimilar to the jurisdiction of magistrates under that system. I agree with the Supreme Court of British Columbia in *Dixon v. Dixon* [(1932) 46 B.C.R. 375] that there is no little analogy between the pre-Confederation legislation in British Columbia and in Ontario by which the earnings of the wife, which are the property of the husband, can be taken from the husband by a protection order and placed under the control of the wife. I agree with that, on the assumption upon which the argument against this legislation proceeded, that a maintenance order against a delinquent husband at the instance of a deserted wife is to be treated as on the same footing as alimony.

I think, with great respect, however, that the matter is of little importance. The subject is envisaged by these statutes from a different point of view. It is dealt with from the point of view of the obligation of the community and of the husband to the community. That is to say, it recognizes, first, the obligation of the community to protect women and children afflicted by misfortune through the default of their natural protector in the discharge of his natural obligations and, as one means of securing that end, it imposes upon the defaulting father and husband the legal duty enforceable by summary proceedings to support his children and his wife. The statute places the obligation to care for the deserted wife and children on the shoulders of that member of the community whose duty it is to the community as well as to his family to bear the burden. . . .

One further point made against this feature of the statute is that there is no pecuniary limit. This again I regard as of small importance. The jurisdiction is not without limit; it is necessarily limited by the purpose for which the order is made.

It cannot, in my opinion, be said that the challenged provisions of the *Family Relations Act* are

enfants et ces questions, il va de soi, relèvent spécialement de la province. En ce qui concerne l'entretien d'enfants naturels et de femmes et enfants abandonnés, la responsabilité publique, comme je l'ai déjà mentionné, relève exclusivement des provinces et il revient aux législatures provinciales, et à elles seulement, de dire comment cette responsabilité sera assumée. Ces textes législatifs s'apparentent étroitement à certains de ceux qui font partie du corps de lois sur l'assistance publique instauré en Angleterre depuis le règne d'Élisabeth; et la compétence dont ces lois investissent les magistrats et les juges du tribunal de la jeunesse n'est pas foncièrement différente de la compétence attribuée aux magistrats en vertu des lois anglaises. Je souscris à l'opinion exprimée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *Dixon v. Dixon* [(1932), 46 B.C.R. 375], selon laquelle il y a une grande ressemblance entre les lois de la Colombie-Britannique et de l'Ontario antérieures à la Confédération suivant lesquelles les revenus de la femme, qui appartenaient au mari, pouvaient être enlevés à ce dernier au moyen d'une ordonnance de protection et mis à la disposition de la femme. J'y souscris en me fondant sur la présomption sur laquelle repose l'argument contre cette loi, que l'on doit traiter une ordonnance rendue à la demande d'une femme abandonnée contre un mari qui manque à ses obligations de la même façon qu'une pension alimentaire.

J'estime toutefois, avec grands égards, que cela importe peu. Ces lois abordent la question d'un point de vue différent, savoir celui de l'obligation de la collectivité et de celle du mari envers cette dernière. Autrement dit, elles reconnaissent d'abord l'obligation de la collectivité de protéger les femmes et les enfants qui sont dans l'infortune parce que leur protecteur naturel ne s'acquitte pas de ses obligations naturelles et, pour atteindre cet objectif, elles imposent notamment au père et mari fautif l'obligation légale, dont le respect peut être assuré par voie de procédures sommaires, d'entretenir ses enfants et sa femme. La loi fait reposer l'obligation de pourvoir aux besoins de la femme et des enfants abandonnés sur les épaules du membre de la collectivité qui a la responsabilité, tant envers cette dernière qu'envers sa famille, d'assumer ce fardeau . . .

Un autre point soulevé à l'encontre de cet aspect de la loi est l'absence d'une limite pécuniaire. Là encore, j'estime que cela a peu d'importance. La compétence dans ce domaine n'est pas illimitée; elle est forcément restreinte par l'objet de l'ordonnance.

On ne peut dire, à mon avis, que les dispositions contestées de la *Family Relations Act* reposent sur

based on the same considerations as were found by Duff C.J. to underpin three of the statutes that were before him in the *Adoption Reference*. (I leave out of consideration *The Adoption Act* itself for reasons that I have already expressed.) The question of substance that remains is whether, notwithstanding that there is no parallel between what is now before us and what was before Duff C.J., there is reasonable ground to say that there is nonetheless broad conformity in respect of the jurisdiction conferred upon the inferior courts under the statutes in the *Adoption Reference* and that conferred under s. 6(1)(a), (b), (d) and (e) of the *Family Relations Act*. I bear in mind, of course, as an accepted principle that the jurisdiction of inferior courts cannot be regarded as forever fixed as it existed at the date of Confederation.

#### The Submissions from History

Apart from heavy reliance upon the *Adoption Reference*, the appellant and supporting interveners emphasized historical precedents and I wish to examine their bearing on the jurisdictional provisions of s. 6(1)(a), (b), (d) and (e). It will be convenient to do what Hinkson J.A. did and that is to consider each of the challenged paragraphs of s. 6(1) separately. (As already stated earlier, I will come later to deal with all of them collectively as part of an alleged legislative plan that is said to escape s. 96.)

##### (a) Guardianship of the Person of a Child

As defined in the Act, a child is a person who has not reached age 19, and the jurisdiction confided in the Provincial Court under s. 6(1)(a) is exercisable in accordance with the provisions of s. 30, and with reference as well to ss. 22 to 29. I draw attention to the fact that under s. 25(1) guardianship encompasses not only the person of a child but also the estate of the child. Section 25 (2) and (3) is in the following terms:

25. (1) . . .

(2) Subject to this Act, a guardian of the estate of a child has all powers over the estate of the child as a guardian appointed by will or otherwise had on May 19, 1917 in England under Acts 12, Charles the Second,

les mêmes considérations qui, suivant la conclusion du juge en chef Duff, sous-tendaient trois des lois dont il était saisi dans le *Renvoi sur l'adoption*. (Pour les raisons que j'ai déjà énoncées, je fais abstraction de *The Adoption Act* elle-même.) La question de fond qui reste consiste à déterminer si, même en l'absence de parallèle entre cette affaire et celle dont le juge en chef Duff a été saisi, il y a des motifs raisonnables de conclure qu'il existe néanmoins une correspondance générale sur le plan de la compétence attribuée aux cours inférieures par les lois en cause dans le *Renvoi sur l'adoption* et de celle conférée par les al. 6(1)a), b), d) et e) de la *Family Relations Act*. Je n'oublie pas, bien sûr, le principe reconnu selon lequel on ne peut pas considérer la compétence des tribunaux inférieurs comme à jamais figée dans l'état où elle était au moment de la Confédération.

##### Les arguments d'ordre historique

En plus de se fonder largement sur le *Renvoi sur l'adoption*, l'appelant et les intervenants qui l'appuient ont insisté sur des précédents historiques dont je souhaiterais examiner l'incidence sur les dispositions en matière de compétence des al. 6(1)a), b), d) et e). Il convient de suivre l'exemple du juge Hinkson et d'examiner un à un les alinéas contestés du par. 6(1). (Comme je l'ai déjà dit, j'en viendrai plus loin à les examiner collectivement dans le cadre d'un prétendu plan législatif auquel l'art. 96 ne s'appliquerait pas.)

##### g) La tutelle à la personne d'un enfant

Suivant la définition contenue dans la Loi, l'enfant est une personne qui n'a pas atteint l'âge de 19 ans et la compétence attribuée à la Cour provinciale par l'al. 6(1)a) peut être exercée conformément aux dispositions de l'art. 30, en tenant compte également des art. 22 à 29. Je signale que selon le par. 25(1), le mot tutelle s'applique non seulement à la personne d'un enfant mais aussi à ses biens. Les paragraphes 25(2) et (3) se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 25. (1) . . .

(2) Sous réserve de la présente loi, le tuteur aux biens d'un enfant détient tous les pouvoirs sur les biens de l'enfant qu'un tuteur, nommé par testament ou autrement, possédait en Angleterre le 19 mai 1917 en vertu

chapter 24, and 49 and 50 Victoria, chapter 27, section 4.

(3) Subject to this Act, a guardian of the person of a child has all powers over the person of the child as a guardian appointed by will or otherwise had on May 19, 1917 in England under Acts 12, Charles the Second, chapter 24, and 49 and 50 Victoria, chapter 27, section 4.

The references to the English statutes mentioned in s. 25(2) and (3) is to the *Abolition of Tenures Act*, 1660, and to the *Guardianship of Infants Act*, 1886. They relate, respectively, to the power conferred upon a father of a minor under the former Act to give custody (and hence guardianship) of a minor child to another (the child's estate also passing under the guardian's control), but under the latter Act there is wider provision for guardianship (e.g. by the parents jointly and in some cases by the mother) and power is also given to make orders for custody and for rights of access. There is a reference back in s. 4 of the latter Act to the 1660 Act, continuing the powers given therein to guardians over the person and estate of infants. What is particularly relevant, however, is that jurisdiction was vested in the Chancery Division of the High Court of Justice or in the County Court. It had been previously in the Court of Chancery alone.

Despite some ambiguity created by s. 25(1) (a guardian is both guardian of the person of a child and guardian of the estate of the child), I am satisfied (and this was also the view of the appellant in its factum) that the Provincial Court is not given jurisdiction in respect of guardianship of the estate of a child and that this is exclusively for the Supreme Court. Section 6(1)(a) is explicit that the Provincial Court is vested with jurisdiction only with respect to guardianship of the person of a child. There is no carry-over jurisdiction which the Provincial Court can assert; the Supreme Court on the contrary is declared, by s. 5(1) to continue to have jurisdiction in all matters concerning guardianship of children.

I find incongruity in this jurisdictional distinction. To vest exclusive jurisdiction in the Supreme Court with respect to the appointment, removal

des lois 12, Charles II, chapitre 24, de même que 49 et 50 Victoria, chapitre 27, article 4.

(3) Sous réserve de la présente loi, le tuteur à la personne d'un enfant détient tous les pouvoirs sur la personne de l'enfant qu'un tuteur, nommé par testament ou autrement, possédait en Angleterre le 19 mai 1917 en vertu des lois 12, Charles II, chapitre 24, de même que 49 et 50 Victoria, chapitre 27, article 4.

Les lois anglaises mentionnées aux par. 25(2) et (3) sont l'*Abolition of Tenures Act*, 1660, et la *Guardianship of Infants Act*, 1886. La première attribue au père d'un mineur le pouvoir d'en confier la garde (et partant, la tutelle) à une autre personne (les biens de l'enfant passant également sous le contrôle du tuteur), mais la seconde loi contient une disposition plus large en matière de tutelle (par exemple, par les parents conjointement et dans certains cas par la mère), conférant aussi le pouvoir de rendre des ordonnances en matière de garde et de droit de visite. L'article 4 de cette dernière loi renvoie à la Loi de 1660 et il maintient les pouvoirs sur la personne et les biens des mineurs que la Loi de 1660 accordait aux tuteurs. Ce qui nous intéresse plus particulièrement toutefois, est le fait que cette compétence a été attribuée à la Division de la chancellerie de la Haute Cour de Justice ou à la cour de comté. Elle avait auparavant été attribuée exclusivement à la Cour de chancellerie.

Même si le par. 25(1) crée une certaine ambiguïté (le tuteur est responsable à la fois de la personne et des biens de l'enfant), je suis convaincu (et c'est également l'avis qu'exprime l'appelant dans son mémoire) que la Cour provinciale n'a pas compétence en matière de tutelle aux biens d'un enfant et que cela relève exclusivement de la Cour suprême. L'alinéa 6(1)a dispose expressément que la Cour provinciale n'a compétence qu'en matière de tutelle à la personne d'un enfant. Si la Cour provinciale ne peut invoquer une extension de sa compétence, la Cour suprême par contre, aux termes du par. 5(1), continue d'avoir compétence sur toutes les questions touchant la tutelle d'enfants.

J'estime incongrue cette distinction des compétences. A mon avis, il n'est pas pratique, et cela constitue en fait un effort excessif de la province

and supervision of the guardian of the estate of a child and to vest concurrent jurisdiction in the Provincial Court respecting guardianship of the person of a child, without any distinguishing elements as to the position, condition or status of the child to support conferment of this concurrent jurisdiction in the Provincial Court seems to me to be impractical and, indeed, an overreaching by the province to favour the Provincial Court. Conceivably, the same person could be appointed guardian of the person and guardian of the estate. The obvious restraint of the province in withholding property jurisdiction from the Provincial Court speaks loudly enough and reinforces my view that guardianship of an infant, which traditionally encompassed also guardianship of the estate, is a jurisdiction which belongs to a s. 96 court unless (which is not this case) the assignment of such jurisdiction (the guardianship of the person of an infant) to the Provincial Court can be based on such special considerations as were canvassed in the *Adoption Reference* with respect to *The Children's Protection Act* and *The Children of Unmarried Parents Act*; in short, a limited rather than a general jurisdiction.

There is some recognition of this incongruity in s. 31 under which it is the Supreme Court that may require security from "a guardian or guardian of the estate of a child". Again, under s. 32, a guardian may apply to a court, that is either to the Supreme Court or to the Provincial Court, "for directions concerning a question affecting the child and the court may make the order in this regard it considers proper". How awkward, if this envisages the jurisdictional distinction above-mentioned! The same distinction presumably arises under s. 33 which concerns resignation of a guardian by leave of the court where he has been appointed by Court order.

I have canvassed the pre-Confederation statutes and cases on jurisdiction in respect of guardianship and I refer to some of them only as a footnote to the full discussion by Hinkson J.A. to which I have already alluded. The fact that the Surrogate Court in Prince Edward Island was given a limited authority under a statute of 1838, c. 15, to appoint

en vue de favoriser la Cour provinciale, d'investir la Cour suprême d'une compétence exclusive en ce qui concerne la nomination, la destitution et la surveillance du tuteur aux biens d'un enfant et d'attribuer à la Cour provinciale une compétence concurrente en matière de tutelle à la personne d'un enfant, sans étayer l'attribution de cette compétence concurrente d'éléments distinctifs quant à la position, à l'état ou au statut de l'enfant. Il est concevable que la même personne puisse être nommée tuteur à la personne et aux biens. Que la province ait fait preuve de retenue en n'attribuant pas la compétence sur les biens à la Cour provinciale en dit assez long à ce sujet et renforce mon avis que la tutelle d'un enfant, qui traditionnellement englobait la tutelle aux biens, est un domaine de compétence qui relève d'une cour visée à l'art. 96, à moins que (ce qui n'est pas le cas en l'espèce) l'attribution de cette compétence (la tutelle à la personne d'un enfant) puisse se fonder sur des considérations spéciales comme celles examinées dans le *Renvoi sur l'adoption* en ce qui concerne *The Children's Protection Act* et *The Children of Unmarried Parents Act*; bref, il s'agit d'une compétence limitée plutôt que générale.

Cette incongruité est reconnue jusqu'à un certain point à l'art. 31 aux termes duquel c'est la Cour suprême qui peut exiger que [TRADUCTION] «un tuteur ou tuteur aux biens d'un enfant» fournisse caution. Aussi, suivant l'art. 32, un tuteur peut demander à une cour, c'est-à-dire soit à la Cour suprême, soit à la Cour provinciale, [TRADUCTION] «des directives sur une question touchant l'enfant et la cour peut, à cet égard, rendre l'ordonnance qu'elle juge appropriée». Quel embarras si cela considère la distinction de compétences susmentionnée! Je présume que la même distinction s'appliquerait à l'art. 33 qui porte sur la démission du tuteur sur autorisation de la cour lorsqu'il a été nommé par ordonnance de la cour.

J'ai examiné les lois et les arrêts antérieurs à la Confédération portant sur la compétence en matière de tutelle et si j'en cite quelques-uns, ce n'est qu'accessoirement à l'étude exhaustive du juge Hinkson dont j'ai déjà fait mention. Le fait que la Loi de 1838, chap. 15, ait conféré au tribunal des successions et des tutelles de l'Île-du-

guardians for minors does not compel the conclusion that such jurisdiction may after Confederation be assigned to a Provincial Court. Similar authority was given to the Surrogate Court in Upper Canada by 22 Vict., 1st Sess., c. 93, and it was held in a number of cases that this did not oust the jurisdiction of the Court of Chancery: see *Re Stannard* (1858), 1 Chan. Chamb. 15; *Re McQueen, McQueen v. McMillan* (1876), 23 Grant 191. Indeed, the Court of Chancery regarded its exercise of jurisdiction over infants, including guardianship jurisdiction, as a *parens patriae* authority to act as it deemed best in the interests of infants: see *Anonymous* (1858), 6 Grant 632; *Thomassett v. Thomassett*, [1894] P. 295. In *Re Triskow and Children's Protection Act* (1918), 43 D.L.R. 452, it was referred to by Stuart J. in the Alberta Appellate Division at p. 456 as "this Court's inherent power to control the guardian who has been substituted for the natural guardian". I should point out that the Provincial Court is, under s. 6(2) of the *Family Relations Act*, expressly denied "the inherent jurisdiction described in section 5(3)", that is to act in a *parens patriae* capacity, that is preserved for the Supreme Court.

(b) Custody of or Access to a Child

After specifying in s. 34 the persons who may exercise custody over a child (e.g. parents or a parent, a person having a custody order or entitled to custody under a written agreement), s. 35 of the *Family Relations Act* provides for jurisdiction to make custody or access orders, as follows:

35. (1) On application a court may order that one or more persons may exercise custody over a child or have access to the child.

(2) An order for access may be made whether or not a custody order is made.

Prince-Édouard un pouvoir limité de nommer des tuteurs pour les mineurs ne nous contraint pas à conclure que depuis la Confédération cette compétence peut être attribuée à une cour provinciale. Un pouvoir analogue a été conféré au tribunal des successions et des tutelles du Haut-Canada par la Loi 22 Vict., 1<sup>re</sup> sess., chap. 93, et on a statué dans un certain nombre d'arrêts que cela n'écartait pas la compétence de la Cour de chancellerie: voir *Re Stannard* (1858), 1 Chan. Chamb. 15, *Re McQueen, McQueen v. McMillan* (1876), 23 Grant 191. En fait, la Cour de chancellerie considérait l'exercice de sa compétence sur les mineurs, y compris la compétence en matière de tutelle, comme un pouvoir de *parens patriae* lui permettant d'agir de la manière qu'elle jugeait la plus conforme aux intérêts des mineurs: voir *Anonymous* (1858), 6 Grant 632, *Thomassett v. Thomassett*, [1894] P. 295. Dans l'arrêt *Re Triskow and Children's Protection Act* (1918), 43 D.L.R. 452, le juge Stuart de la Division d'appel de l'Alberta a décrit cette compétence à la p. 456 comme [TRADUCTION] «le pouvoir inhérent de cette Cour d'exercer un contrôle sur le tuteur qui a été substitué au tuteur naturel». Je dois souligner que le par. 6(2) de la *Family Relations Act* refuse expressément à la Cour provinciale [TRADUCTION] «la compétence inhérente visée au paragraphe 5(3)», c'est-à-dire d'agir en qualité de *parens patriae*, cette compétence étant réservée à la Cour suprême.

g b) La garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite

Ayant précisé à l'art. 34 quelles personnes peuvent avoir la garde d'un enfant (par exemple, les parents ou l'un d'eux, la personne qui détient une ordonnance de garde ou qui a droit à la garde en vertu d'une entente écrite), la *Family Relations Act* traite, à l'art. 35, de la compétence pour rendre des ordonnances en matière de garde ou de droit de visite. Voici le texte de l'art. 35:

[TRADUCTION] 35. (1) Une cour peut, sur demande, ordonner qu'une seule ou plusieurs personnes aient la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite.

(2) Le droit de visite peut être accordé par voie d'ordonnance même s'il n'y a pas eu ordonnance de garde.



(3) Where a person has not received notice of a proceeding or has not been given opportunity to be heard in the proceeding, custody shall not be granted to that person.

(4) An order for custody or access may include terms and conditions the court considers necessary and reasonable in the best interests of the child.

Again, this is a general jurisdiction. It is related to the best interests of the child (specified also in s. 24) but so are guardianship orders. It is conceivable that custody and access, taken together or separately when orders to that effect are sought, would have no necessary connection with guardianship but s. 23 seems to me to be a practical realization of their interconnection. It reads:

23. (1) Subject to subsection (2), where a person other than the father or mother of a child is granted custody of the child by a court, the court in its order may direct that the superintendent is guardian of the person of the child or that the Public Trustee is guardian of the estate of the child.

(2) An order shall not be made under subsection (1) unless the superintendent or Public Trustee named in the order has been given a prior opportunity to be represented in the proceeding.

Indeed, s. 23(1), in its reference to the Public Trustee as the guardian of the estate of the child, underlines the point I made earlier of the incongruity in the differentiation in jurisdiction between the Provincial Court and the Supreme Court according to whether the concern is with guardianship of the person of the child or guardianship of the estate.

What is urged by the appellant and by supporting interveners is that it is wrong to see custody and access as coming within Provincial Court jurisdiction only in the case of neglected children or children born out of wedlock (as was the case under the *Adoption Reference*) and wrong also to refuse to recognize jurisdiction in the Provincial Court when the statutory injunction is to consider the best interests of the child. However, if jurisdiction over custody and access, either apart from or in relation to guardianship, was vested to some

(3) La garde ne sera pas accordée à une personne à qui n'a pas été signifiée la procédure ou qui n'a pas eu la possibilité de se faire entendre.

a (4) L'ordonnance de garde ou le droit de visite peuvent être assortis des modalités que la cour estime nécessaires et raisonnables pour le plus grand avantage de l'enfant.

b Là encore, il s'agit d'une compétence générale. Cette compétence vise le plus grand avantage de l'enfant (comme le précise également l'art. 24), mais il en va aussi de même pour les ordonnances de tutelle. Il est concevable que la garde et le droit de visite, considérés ensemble ou séparément lorsqu'on demande des ordonnances à cet effet, n'aient pas forcément de rapport avec la tutelle, mais l'art. 23 me semble à toutes fins utiles concrétiser leur interaction. Cet article se lit comme suit:

d [TRADUCTION] 23. (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'elle accorde la garde d'un enfant à une personne autre que son père ou sa mère, la cour peut dans son ordonnance constituer le surintendant tuteur à la personne de l'enfant ou le curateur public, tuteur aux biens de l'enfant.

e (2) Nulle ordonnance ne sera rendue en vertu du paragraphe (1), à moins que le surintendant ou le curateur public nommé dans l'ordonnance n'ait eu préalablement la possibilité de se faire représenter à la procédure.

f En fait, le par. 23(1), par sa mention du curateur public comme tuteur aux biens de l'enfant, renforce ce que j'ai déjà dit sur l'incongruité de la distinction des compétences de la Cour provinciale et de la Cour suprême selon qu'il s'agit de tutelle à la personne d'un enfant ou de tutelle à ses biens.

h L'appelant et les intervenants qui l'appuient font valoir qu'il est erroné de prétendre que la garde et le droit de visite relèvent de la Cour provinciale seulement lorsqu'il s'agit d'enfants négligés ou d'enfants naturels (comme c'était le cas dans le *Renvoi sur l'adoption*) et qu'il est fautif également de refuser de reconnaître la compétence de la Cour provinciale alors que la loi enjoint de tenir compte du plus grand avantage de l'enfant. Toutefois, si la compétence en matière de garde et de droit de visite, indépendamment ou non de la tutelle, était

degree (e.g. in respect of fatherless infants, as in Upper Canada under a statute of 1827, c. 6) in an inferior court, custody and access were also the subject of pre-Confederation, jurisdiction vested in superior courts under 1855 (U.C.), c. 126. True, this was a jurisdiction to be invoked by the mother but at that period it was the father who was regarded as the legal custodian; indeed guardian, as was recognized even after Confederation: see *In re Agar-Ellis. Agar-Ellis v. Lascelles* (1883), 24 Ch. D. 317, at p. 326.

As Hinkson J.A. pointed out in his reasons, the welfare or best interests of the child as the primary consideration in custody and access as in guardianship is not a new principle in its statement in s. 24. It was a principle long acted upon by superior courts and does not provide a basis upon which it can support summary jurisdiction in such matters in the Provincial Court. Having regard to history, both in England and in pre-Confederation legislation here, I would regard questions of custody and access in their generality under s. 6(1)(b) as more analogous, more conformable to the type of jurisdiction of a s. 96 court than to that of a Provincial Court.

(c) Occupancy of the Family Residence and Use of its Contents

The concern under this heading is with the jurisdiction conferred upon the Provincial Court by s. 6(1)(d) of the *Family Relations Act*. The jurisdiction engages ss. 77 and 78 of the Act. These sections read as follows:

77. (1) An order under this section is for temporary relief pending determination of the rights to the property of the spouses by agreement or by a court having jurisdiction in those matters.

(2) A court may make an order under this section respecting property that is owned or leased by one or both spouses and is or has been

(a) occupied by the spouses as their family residence; or

attribuée dans une certaine mesure à une cour inférieure (par exemple, à l'égard des enfants orphelins de père, comme dans le Haut-Canada en vertu de la Loi de 1827, chap. 6), il reste que la garde et le droit de visite faisaient également l'objet d'une compétence antérieure à la Confédération que les cours supérieures ont obtenue à 1855 (H.-C.), chap. 126. Il est vrai que seule la mère pouvait invoquer cette compétence mais à cette époque-là, sur le plan juridique, c'était au père que revenait la garde, voire la tutelle, comme on l'a reconnu même après la Confédération: voir *In re Agar-Ellis. Agar-Ellis v. Lascelles* (1883), 24 Ch. D. 317, à la p. 326.

Comme l'a fait remarquer le juge Hinkson dans ses motifs, il n'y a rien de nouveau dans le principe énoncé à l'art. 24 selon lequel, en matière de garde et de droit de visite, comme en matière de tutelle, c'est le bien-être ou le plus grand avantage de l'enfant qui prime. Il s'agit d'un principe que les cours supérieures appliquent depuis longtemps et il ne peut pas servir de fondement à la juridiction sommaire de la Cour provinciale en ces matières. Compte tenu à la fois de l'histoire anglaise et de l'état de la législation canadienne antérieure à la Confédération, j'estime que les questions générales de garde et de droit de visite à l'al. 6(1)b relèvent davantage du type de compétence d'une cour visée à l'art. 96 que de celui d'une cour provinciale.

(c) L'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve

Le point qui nous intéresse sous cette rubrique est la compétence que l'al. 6(1)d) de la *Family Relations Act* confère à la Cour provinciale. Cette compétence fait appel aux art. 77 et 78 de la Loi. Voici le texte de ces articles:

[TRADUCTION] 77. (1) Une ordonnance rendue en vertu du présent article vise à accorder un redressement provisoire en attendant que les droits sur les biens des époux soient déterminés par entente ou par une cour compétente en la matière.

(2) Une cour peut rendre une ordonnance en vertu du présent article relativement à tout bien appartenant à l'un ou l'autre des époux ou aux deux ou loué par l'un ou l'autre ou les deux,

a) qu'ils occupent ou ont occupé comme résidence familiale, ou

(b) personal property used or stored at the family residence.

(3) On application, the court may order that one spouse for a stated period

(a) be given exclusive occupancy of the family residence; or

(b) to the exclusion of the other spouse may use all or part of the personal property at the family residence.

(4) An order under subsection (3) does not authorize the spouse to materially alter the substance of the family residence or personal property. A spouse does not acquire a proprietary interest on the making of an order under this section.

(5) Subject to section 78, a right of a spouse to exclusive occupancy or use ordered under this section shall not continue after the rights of the other spouse, or of both spouses, as owner or lessee are terminated.

(6) Nothing in this section prevents the filing of an entry under the *Land (Wife Protection) Act*.

78. Where an order for exclusive occupancy or use has been made under section 77, the Supreme Court, on application, may order that the rights of a spouse to apply for partition and sale or to sell or otherwise dispose of or encumber the property be postponed and be subject to the right of exclusive occupancy or use and may, in its order, vary the order made under section 77.

The contention is that the Provincial Court, having a limited authority to grant temporary relief, would not be adjudicating on proprietary rights but would be dealing incidentally with questions of occupancy pending ultimate determination of ownership or rights of property by the Supreme Court, as prescribed by s. 52. The latter is a provision in Part 3 of the Act and is hence outside of the jurisdiction of the Provincial Court.

Of course, a right of occupancy is not ownership but it is a property interest not easily distinguishable from a possessory right, especially when s. 77(3) speaks of orders for exclusive occupancy and use of personal property at the family residence to the exclusion of the other spouse. Again, there is a conferment of general jurisdiction upon the Pro-

b) qui est un bien meuble utilisé ou gardé à la résidence familiale.

(3) La cour peut, sur demande, ordonner que pendant une période déterminée,

a) l'occupation exclusive de la résidence familiale soit accordée à l'un des époux, ou

b) l'un des époux puisse, à l'exclusion de l'autre, utiliser la totalité ou une partie des biens meubles se trouvant à la résidence familiale.

(4) Une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (3) n'autorise pas l'époux à modifier sensiblement la nature de la résidence familiale ni celle des biens meubles. Une ordonnance rendue en vertu du présent article n'attribue pas un droit de propriété à un époux.

(5) Sous réserve de l'article 78, le droit d'un époux à l'occupation ou à l'utilisation exclusive accordé en vertu du présent article prend fin dès l'extinction des droits de l'autre époux, ou des deux, comme propriétaire ou locataire.

(6) Rien au présent article n'empêche le dépôt d'un bref de possession en vertu de la *Land (Wife Protection) Act*.

78. Lorsqu'une ordonnance d'occupation ou d'utilisation exclusive a été rendue en vertu de l'article 77, la Cour suprême peut, sur demande, ordonner que les droits d'un époux de demander le partage et la vente, ou de vendre ou de toute autre manière disposer du bien ou de le grever d'une charge soient suspendus et assujettis au droit d'occupation ou d'utilisation exclusive et elle peut, dans son ordonnance, modifier l'ordonnance rendue en vertu de l'article 77.

On prétend que la Cour provinciale, ayant un pouvoir limité d'accorder un redressement provisoire, ne se trouverait pas à se prononcer sur des droits de propriété; elle se trouverait plutôt à traiter de façon accessoire des questions d'occupation en attendant la décision définitive de la Cour suprême concernant la propriété ou les droits de propriété, comme le prescrit l'art. 52. Cette dernière disposition, contenue dans la Partie 3 de la Loi, est hors de la compétence de la Cour provinciale.

Bien sûr, un droit d'occupation n'équivaut pas à la propriété, mais il s'agit d'un droit réel qui se distingue difficilement d'un droit de possession, d'autant plus que le par. 77(3) parle d'ordonnances d'occupation exclusive et d'utilisation des biens meubles se trouvant à la résidence familiale à l'exclusion de l'autre époux. Encore là, une compé-

vincial Court, albeit qualified by limiting its orders to temporary relief.

I see no redeeming policy favouring inferior court jurisdiction to justify the differentiation between temporary occupancy orders and orders for final determination of the property interests of spouses. Pre-Confederation English and New Brunswick legislation, considered by Hinkson J.A., and dealing respectively with inferior court jurisdiction over deserting and overholding tenants offers no parallel to what is found in s. 77. Landlord and tenant relationships are not the substance of s. 77 or s. 6(1)(d); rather the relevant matter is the disposition of family assets, a concern for the property relations of spouses. I agree with Hinkson J.A. that what is given in s. 6(1)(d) is a jurisdiction more conformable to that exercised and exercisable by a s. 96 court than that which may be vested in a Provincial Court.

#### (d) Non-entry Orders

The jurisdiction conferred upon the Provincial Court under s. 6(1)(e) (the making of orders that a person shall not enter premises while they are occupied by a spouse, parent or child) relates to the substantive terms of s. 79 of the *Family Relations Act*. It is as follows:

79. (1) A court may, on application, order that, while the spouses continue to live separate and apart, one spouse shall not enter premises while the premises are occupied by the other spouse or child in the custody of the other spouse.

(2) Subsection (1) applies whether or not the spouse against whom the order is made owns or has a right to possession of the premises.

There is also a relationship to s. 37 which gives ancillary support to a custody order, as is evident from its terms:

tence générale est attribuée à la Cour provinciale, quoique cette compétence soit limitée à des ordonnances accordant un redressement provisoire.

a Je ne vois aucun principe en faveur de la compétence des cours inférieures qui justifie la distinction entre les ordonnances d'occupation temporaire et les ordonnances qui déterminent définitivement les droits réels des époux. Les lois d'Angleterre et du Nouveau-Brunswick antérieures à la Confédération que le juge Hinkson a examinées et qui traitent respectivement de la compétence des cours inférieures sur les locataires qui quittent les lieux avant la fin de leur bail ou qui y restent après son expiration, n'offrent aucun parallèle avec ce qui se trouve à l'art. 77. L'article 77 et l'al. 6(1)d ne portent pas sur les relations entre propriétaires et locataires; ils visent plutôt la disposition des biens familiaux, une question qui relève des relations entre époux en matière de biens. Je souscris à l'avis du juge Hinkson selon lequel l'al. 6(1)d confère une compétence qui correspond davantage à celle qu'exerce ou peut exercer une cour visée à l'art. 96 qu'à celle dont une cour provinciale peut être investie.

#### d) Les ordonnances de ne pas entrer

f La compétence attribuée à la Cour provinciale en vertu de l'al. 6(1)e (les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans des lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe) se rapporte aux dispositions de fond de l'art. 79 de la *Family Relations Act*. En voici le texte:

g [TRADUCTION] 79.(1) Une cour peut, sur demande, ordonner que, pendant que les époux continuent à vivre séparés, l'un d'eux n'entre pas dans des lieux lorsque ceux-ci sont occupés par l'autre époux ou par un enfant dont ce dernier a la garde.

h (2) Le paragraphe (1) s'applique peu importe que l'époux contre qui l'ordonnance est rendue soit propriétaire des lieux ou qu'il ait un droit de possession sur ceux-ci.

i Il y a également un lien avec l'art. 37 qui, comme il se dégage de ses termes, prévoit des mesures accessoires à une ordonnance de garde. Cet article se lit comme suit:

37. Where a court makes a custody order or a custody order is enforceable by a court, the court may order that a person

- (a) shall not enter premises, including premises the person owns or has a right to possession of, where the child resides from time to time; *a*
- (b) shall not make contact or endeavour to make contact with or otherwise interfere with either the child or any person having custody of or access to the child; or *b*
- (c) where a court concludes that the person named in its custody order may not comply with an order under paragraph (a) or (b), the court may further order that the person *c*
  - (i) enter into a recognizance, with or without sureties, in such reasonable amount as the court thinks necessary; *d*
  - (ii) report to the court or person designated for the period of time, and at the times and places, as the court considers necessary and reasonable; or
  - (iii) deliver up to the court such documents as the court thinks fit *e*

or any combination of these.

Since resort to the Provincial Court under s. 37 is dependent on jurisdiction to make a custody order and such jurisdiction is, in my view, beyond the competence of that Court, I need say no more about s. 37. *f*

What then of s. 79? It too has in it aspects of ancillary relief to support a custody order, as is evident from the very terms of s. 79(1). It, quite reasonably, may be used to support an occupancy right granted as temporary relief under s. 77. The contention of the appellant is that non-entry orders are akin to preventive justice and consequently may competently be assigned to the Provincial Court. *g*

The case law on preventive justice has been canvassed by Hinkson J.A. Apart from the question whether binding over a person to keep the peace falls within the federal criminal law power, a question which does not call for decision here, *h*

[TRANSDUCTION] 37. La cour qui rend une ordonnance de garde ou qui doit la faire respecter, peut

- a) interdire à une personne d'entrer dans des lieux où l'enfant réside à l'occasion, y compris ceux dont elle est propriétaire ou sur lesquels elle a un droit de possession,
- b) interdire à une personne de communiquer ou d'essayer de communiquer avec l'enfant ou avec toute personne ayant la garde de l'enfant ou le droit de lui rendre visite, ou d'importuner de quelque autre manière cet enfant ou cette personne, ou
- c) lorsqu'elle conclut que la personne nommée dans son ordonnance de garde est susceptible de déroger à une ordonnance rendue en vertu des alinéas a) ou b), ordonner en outre que la personne *c*
  - (i) souscrive un engagement, avec ou sans caution, d'un montant que la cour juge raisonnable et nécessaire, *d*
  - (ii) se présente à la cour ou à la personne désignée pendant la période et aux dates et endroits que la cour juge nécessaires et raisonnables, ou
  - (iii) produise à la cour les documents qu'elle juge appropriés *e*

ou qu'elle satisfasse à plus d'une de ces exigences.

Puisque le recours auprès de la Cour provinciale en vertu de l'art. 37 repose sur la compétence pour rendre une ordonnance de garde et que la Cour provinciale, à mon avis, n'a pas cette compétence, je n'ai rien à ajouter au sujet de l'art. 37. *f*

Qu'en est-il donc de l'art. 79? Il ressort des termes mêmes de son par. (1) que cet article comporte lui aussi certains aspects de mesures accessoires à une ordonnance de garde. Il est donc tout à fait raisonnable de l'invoquer pour appuyer un droit d'occupation accordé à titre de redressement provisoire conformément à l'art. 77. L'appellant prétend que les ordonnances de ne pas entrer tiennent de la justice préventive et que le pouvoir de les rendre peut donc à bon droit être attribué à la Cour provinciale. *g*

Le juge Hinkson a examiné la jurisprudence en matière de justice préventive. Abstraction faite de la question de savoir si le fait d'exiger qu'une personne s'engage à ne pas troubler l'ordre public relève du pouvoir fédéral en matière de droit cri- *h*

what we have in s. 79 is more akin to injunctive relief than it is to any relief against an apprehended breach of the peace. Moreover, it arises in a different context. There is, moreover, no parallel with the type of injunctive relief (by way of cease and desist orders) which was sustained by this Court in *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, *supra*. The cease and desist orders there were adjuncts of a valid administrative scheme dealing in its central features with matters that had not been cognizable, certainly not in their institutional setting, by any court. In short, I cannot find any basis upon which non-entry orders under s. 79 can be assigned to the Provincial Courts when other matters respecting spousal relationships, especially concerning property, are beyond the Provincial Court's jurisdiction.

#### The Submission as to a Legislative Plan

A strong and recurrent contention was made by the appellant in the course of argument, a contention that was endorsed by some at least of the supporting interveners, that the Legislature had reposed the challenged jurisdiction in the Provincial Court under s. 6(1)(a), (b) (d) and (e) (and, indeed, under s. 6(1)(c) which is not before us) as part of a legislative scheme or plan to deal summarily yet within prudent limits with connected aspects of family relations. The contention is advanced by pointing to the provision in the Act for non-curial professional staff to assist in its administration. From this, the conclusion is sought that there is here a social scheme, an integrated plan for dealing with disruptions in family relations and to ensure protection, particularly of children, as well as to secure shelter for disadvantaged spouses and children. The attempted parallel with what was said in the *Adoption Reference* was put again and again; and further emphasis was lent to this contention by pointing to the exclusion of matters arising under the federal *Divorce Act* and the hiving off of property disputes from Provincial

minel, question sur laquelle nous n'avons pas à nous prononcer en l'espèce, les dispositions de l'art. 79 s'apparentent davantage à un redressement par voie d'injonction qu'à un redressement contre une violation appréhendée de la paix. De plus, cet article est invoqué dans un contexte différent. Il n'y a, d'autre part, aucun parallèle avec le type de redressement par voie d'injonction (sous la forme d'ordres de ne pas faire) admis par cette Cour dans l'arrêt *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, précité. Dans cet arrêt, les ordres de ne pas faire étaient accessoires à un régime administratif valide portant pour l'essentiel sur des questions dont aucune cour n'avait pu connaître en raison tout au moins de leur contexte institutionnel. Bref, je ne puis trouver aucun fondement justifiant l'attribution à la Cour provinciale de la compétence en matière d'ordonnances de ne pas entrer en vertu de l'art. 79 alors que d'autres questions concernant les rapports entre époux, particulièrement en ce qui a trait aux biens, sont hors de sa compétence.

#### La thèse relative à un plan législatif

L'appelant a affirmé avec insistance et à plusieurs reprises au cours de sa plaidoirie, du moins avec l'appui de certains intervenants, que la législature avait attribué la compétence contestée à la Cour provinciale en vertu des al. 6(1)a), b), d) et e) (et même en vertu de l'al. 6(1)c) dont nous ne sommes pas saisis) dans le cadre d'un programme ou plan législatif visant à traiter sommairement, tout en respectant les limites dictées par la prudence, des aspects connexes des relations familiales. L'appelant fonde cette affirmation sur la disposition de la Loi relative au personnel professionnel non judiciaire chargé d'aider à son application. Il nous demande d'en conclure que nous sommes ici en présence d'un programme social, un plan complet permettant de traiter les perturbations dans les relations familiales et d'assurer une protection, particulièrement aux enfants, ainsi que de pourvoir au logement des conjoints et des enfants défavorisés. A maintes et maintes reprises, l'appelant a essayé de faire un parallèle avec ce qui a été dit dans le *Renvoi sur l'adoption* et il a renforcé davantage cette affirmation en invoquant

Court jurisdiction.

The fact that there is concurrency of jurisdiction in respect of the challenged matters in both the Provincial Court and in the Supreme Court is a relevant consideration in assessing whether there is here the kind of legislative plan that is asserted by the appellant. It is a concurrency that does not depend upon any differentiation in function between the two courts and, certainly, the employment of adjunct professional or expert staff is not something that is unique to a Provincial Court. The legislative plan is as much one that pays respect to the jurisdiction of the Supreme Court as to that of the Provincial Court.

If I take it that the triggering factor in invocation of jurisdiction under the Act would be family discord or marriage breakdown, there is still the fact that the generality of the jurisdiction forces consideration of the separate elements in 6(1)(a), (b), (d) and (e). Property considerations are very much central to the Act and the Act does not engage the Provincial Court in any direct way in such matters. I have already made it clear in my reasons that the kind of jurisdiction which is given indistinguishably to the Provincial Court and to the Supreme Court is in its separate elements jurisdiction more conformable to that of a s. 96 Court than to a Provincial Court. That being the case, it is no answer to say that the Provincial Courts are more accessible to those who might need relief under the *Family Relations Act* than is the Supreme Court, especially in the availability of service in outlying areas. This was not an answer in the immediate post-1867 period when communication and accessibility of judicial services were far less advanced than they are at the present time and it is not an answer today.

For all the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. There will be no order as to costs.

l'exclusion des questions relevant de la *Loi sur le divorce* fédérale et le fait que les litiges portant sur les biens soient soustraits à la compétence de la Cour provinciale.

a

La compétence concurrente de la Cour provinciale et de la Cour suprême sur les questions faisant l'objet du présent litige est un facteur pertinent qui doit être pris en considération pour établir si, en l'espèce, il existe un plan législatif du type allégué par l'appelant. Cette concurrence ne repose aucunement sur une distinction des rôles des deux cours, et l'embauche de personnel auxiliaire professionnel ou expert ne se restreint pas exclusivement à une cour provinciale. Le plan législatif reconnaît autant la compétence de la Cour suprême que celle de la Cour provinciale.

d

Même en supposant que ce sont des litiges familiaux ou la rupture du mariage qui déclenchent le recours à la compétence accordée par la Loi, il reste que le caractère général de cette compétence oblige à examiner chacun des éléments des al. 6(1)a), b), d), et e). Les considérations rattachées aux biens relèvent avant tout de la Loi et celle-ci ne lie aucunement de façon directe la Cour provinciale à ces questions. J'ai déjà indiqué clairement dans ces motifs que le type de compétence qui est accordé indistinctement à la Cour provinciale et à la Cour suprême correspond davantage, de par ses éléments distincts, à la compétence d'une cour visée à l'art. 96 qu'à celle d'une cour provinciale. Tel étant le cas, il ne suffit pas de répondre que les cours provinciales sont plus accessibles à ceux qui requièrent un redressement en vertu de la *Family Relations Act* que ne l'est la Cour suprême, surtout dans les régions éloignées. Cela ne suffisait pas pendant la période suivant immédiatement 1867 lorsque les moyens de communication et les possibilités d'accès aux services judiciaires étaient de beaucoup moindres qu'ils ne le sont de nos jours et cela ne constitue donc pas une réponse valable aujourd'hui.

j

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

The judgment of Martland, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

ESTEY J.—I have had the opportunity of reading the Chief Justice's disposition of this appeal and with respect wish to differ with that disposition in regard to the answers to questions (a) guardianship and (b) custody and access. There is no need to restate the background to the constitutional issue here nor to go over the authorities as all of that has been set out by the Chief Justice.

In my respectful view, the issue here turns around the *Reference re The Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, and I therefore go directly to it. The problem, like many arising in constitutional law, has a simple and apparently innocent origin; here it is s. 96 of the *British North America Act* which states:

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

Behind that simple provision lie many real as well as fanciful theories as to its role and purpose in our Constitution. The generally accepted theory has been that the national appointment of superior, county and district court judges was designed to ensure a quality of independence and impartiality in the courtroom where the more serious claims and issues in the community arise; and an aura of detachment said to be analogous to that of the royal justices on circuit from Westminster is thought to be the aim of the authors of s. 96. See *O. Martineau and Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113, where Lord Blanesburgh, at p. 121, stated:

... the section is shown to lie at the root of the means adopted by the framers of the statute to secure the impartiality and independence of the Provincial judiciary.

Duff C.J. reviewed the same argument in the *Adoption Reference*, at pp. 415-16, but evidently did not find it compelling:

Version française du jugement des juges Martland, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'occasion de lire les motifs du Juge en chef concernant le présent pourvoi et, avec égards, je tiens à souligner mon désaccord avec sa réponse à la question dans la mesure où elle se rapporte à l'alinéa a) la tutelle et à l'alinéa b) sur la garde et le droit de visite. Il n'est pas nécessaire de refaire ici l'historique de la question constitutionnelle ni de passer en revue la jurisprudence, puisque le Juge en chef l'a déjà fait.

Je suis respectueusement d'avis que la question litigieuse est étroitement liée au *Renvoi sur l'adoption*, [1938] R.C.S. 398, et j'en viens donc immédiatement à cet arrêt. Comme c'est souvent le cas dans le domaine du droit constitutionnel, le problème a son origine dans une disposition simple et en apparence anodine, en l'occurrence l'art. 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui se lit comme suit:

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

Cette disposition pourtant simple a donné naissance à nombre de théories, certaines réalistes, d'autres fantaisistes, quant à son rôle et à son objet dans notre Constitution. Suivant la théorie généralement acceptée, la nomination à l'échelon national des juges des cours supérieures, de comté et de district vise à assurer un certain degré d'indépendance et d'impartialité dans les salles d'audience où surgissent les actions et les litiges plus sérieux, et l'on croit que les rédacteurs de l'art. 96 ont cherché à créer un esprit de détachement analogue à celui des juges itinérants de Westminster. Voir *O. Martineau and Sons, Ltd. v. City of Montreal*, [1932] A.C. 113, où lord Blanesburgh a déclaré, à la p. 121:

[TRADUCTION] ... il appert que cet article constitue le fondement des moyens que les rédacteurs de la loi ont adoptés pour assurer l'impartialité et l'indépendance de la magistrature provinciale.

Le juge en chef Duff a examiné ce même argument dans le *Renvoi sur l'adoption*, aux pp. 415 et 416, mais de toute évidence il ne l'a pas jugé impérieux:



Before proceeding further, it will be convenient to advert to some general considerations. In the argument addressed to us there is an underlying assumption that the interest of the people of this country in the independent and impartial administration of justice has its main security in sections 96, 97 and 99. Now, there were weighty reasons, no doubt, for those sections, and a strict observance of them as regards the judges of courts within their purview is essential to the due administration of justice. . . . it would be an extraordinary supposition that a great community like the province of Ontario is wanting, either in the will or in the capacity, to protect itself against misconduct by these officers whom it appoints for these duties; and any such suggestion would be baseless in fact and altogether fallacious as the foundation of a theory controlling the construction of the *B.N.A. Act*.

Whatever its purpose its presence has raised difficulties of application since Confederation, largely in the field of administrative law with which this case is not, in my view, concerned and in areas where no similar rights or obligations existed in the community at the time of Confederation. In speaking of the section generally, Sir Lyman Duff stated at p. 414 in the *Adoption Reference*:

My view of the effect of s. 96 as regards such courts existing at the date of Confederation (that is to say, outside the scope of that section) is this: the provinces became endowed with plenary authority under s. 92(14), but, a province is not empowered to usurp the authority vested exclusively in the Dominion in respect of the appointment of judges who, by the true intendment of the section, fall within the ambit of s. 96, or to enact legislation repugnant to that section; and it is too plain for discussion that a province is not competent to do that indirectly by altering the character of existing courts outside that section in such a manner as to bring them within the intendment of it while retaining control of the appointment of the judges presiding over such courts. That, in effect, would not be distinguishable from constituting a new court as, for example, a Superior Court, within the scope of section 96 and assuming power to appoint the judge of it. In principle, I do not think it is possible to support any stricter limitation upon the authority of the provinces, and I do not think what I am saying is in substance inconsistent with what was laid down by Lord Atkin speaking on behalf of the Judicial Committee in *Toronto v. York*.

[TRADUCTION] Avant de continuer, il convient de se reporter à quelques considérations d'ordre général. L'argument qui nous est soumis repose sur la présomption que le droit du peuple de ce pays à l'administration indépendante et impartiale de la justice est garanti principalement par les articles 96, 97 et 99. Ceci dit, ces articles ont sans doute un fondement sérieux et il est indispensable à la bonne administration de la justice qu'ils soient strictement appliqués aux juges des cours qu'ils visent . . . il serait extraordinaire de supposer qu'une grande collectivité comme la province d'Ontario n'ait ni la volonté ni la capacité de se protéger contre l'inconduite des personnes qu'elle nomme pour remplir ces fonctions; toute suggestion de ce genre ne saurait s'appuyer sur les faits et ne constituerait qu'un fondement entièrement fallacieux d'une théorie régissant l'interprétation de l'*A.A.N.B.*

Quel que soit son objet, sa présence a, depuis la Confédération, soulevé des difficultés d'application surtout dans le domaine du droit administratif dont, à mon avis, il n'est nullement question en l'espèce, et dans des domaines où il n'existait aucun droit ni aucune obligation semblables à l'époque de la Confédération. Traitant de façon générale de cet article, sir Lyman Duff a déclaré, à la p. 414 du *Renvoi sur l'Adoption* ce qui suit:

[TRADUCTION] Voici mon opinion quant à l'effet de l'art. 96 sur les cours déjà existantes à l'époque de la Confédération (c'est-à-dire, celles hors de la portée de cet article): le par. 92(14) a conféré plein pouvoir aux provinces, mais une province ne peut usurper le pouvoir dont est exclusivement investi le gouvernement fédéral de nommer des juges qui, suivant son sens véritable, relèvent de l'art. 96, ni adopter une loi incompatible avec cet article; et il va sans dire qu'une province ne peut faire cela indirectement en changeant la nature des cours déjà existantes et qui échappent à cet article de manière à en faire des cours au sens dudit article, tout en conservant le pouvoir de nommer les juges qui les président. Cela reviendrait en fait à constituer une nouvelle cour du type visé à l'art. 96, comme par exemple une cour supérieure, et à assumer le pouvoir d'en nommer le juge. En principe, je ne crois pas qu'il soit possible de préconiser une limitation plus stricte du pouvoir des provinces, et je ne crois pas non plus que mes propos soient foncièrement incompatibles avec ce qui a été dicté par lord Atkin, au nom du Comité judiciaire, dans l'arrêt *Toronto v. York*.

Since Confederation the principal dissertation in the significance and operation of s. 96 has been the judgment in this Court in the *Adoption Reference*. The Privy Council in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, *per* Lord Simonds at p. 152, referred to earlier discussions of the section and added:

... and more particularly also upon *Re Adoption Act of Ontario*, in which will be found a judgment of Sir Lyman Duff, lately Chief Justice of Canada, so exhaustive and penetrating both in historical retrospect and in analysis of this topic, that their Lordships would respectfully adopt it as their own, so far as it is relevant to the present appeal.

See also Rand J. in *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535, at p. 542.

In the *Adoption Reference* the Court was faced with a challenge under s. 96 of the Constitution of four pieces of Ontario legislation: *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, c. 218, *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, c. 312, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, c. 217, and *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211, all of which were admittedly concerned with substantive law within the authority of the provincial legislature. Each piece of legislation purported to vest judicial officers of the County Court and provincially appointed judges, with functions set out in the respective statutes. By the terminology of the day, inherited from the United Kingdom, the courts in which provincially appointed judges sat were described as inferior courts and those described in s. 96 were referred to as superior courts. There was no issue raised that the province could not assign any powers under the four statutes to the superior courts. The only issue was the right of the province to assign such functions as described in each statute to judges of the inferior courts. In the case of each statute, this Court concluded that the functions were validly assigned to provincial judicial appointees and that s. 96 was not offended. We are concerned directly with the comments made concerning the meaning and application of s. 96 as well as the nature of the four provincial statutes

Depuis la Confédération, la décision rendue par cette Cour dans le *Renvoi sur l'adoption* constitue le principal exposé qui a été fait sur l'importance et l'effet de l'art. 96. Dans l'arrêt *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134, le Conseil privé par l'intermédiaire de lord Simonds, à la p. 152, s'est référé à des études antérieures de l'article et il a ajouté:

[TRANSLATION] ... et, plus particulièrement, le *Renvoi sur The Adoption Act* de l'Ontario, où se trouvent des motifs de sir Lyman Duff, alors juge en chef du Canada, motifs qui présentent un historique et une analyse de ce sujet si complets et faisant preuve de tant de discernement que leurs Seigneuries les feraient respectueusement leurs, dans la mesure où ils sont pertinents en l'espèce.

Voir aussi le juge Rand dans l'arrêt *Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535, à la p. 542.

Dans le *Renvoi sur l'adoption*, la Cour a été saisie d'une contestation, fondée sur l'art. 96 de la Constitution, de quatre lois ontariennes, savoir: *The Adoption Act*, R.S.O. 1937, chap. 218, *The Children's Protection Act*, R.S.O. 1937, chap. 312, *The Children of Unmarried Parents Act*, R.S.O. 1937, chap. 217, et *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, chap. 211, chacune de ces lois touchant sans conteste à un domaine du droit positif relevant de la législature provinciale. Chacune d'elles avait pour effet de confier certaines attributions aux juges de la cour de comté et aux juges nommés par la province. Selon la terminologie de l'époque, héritée du Royaume-Uni, les cours où siégeaient les juges nommés par la province étaient des cours inférieures et celles décrites à l'art. 96 étaient des cours supérieures. On n'a pas prétendu que la province ne pouvait pas attribuer aux cours supérieures les pouvoirs visés par les quatre lois en cause. Le litige portait uniquement sur le droit de la province d'assigner les fonctions décrites dans ces lois aux juges des cours inférieures. Dans chaque cas, cette Cour a conclu que l'attribution des fonctions à des juges nommés par la province était valide et qu'il n'y avait pas entorse à l'art. 96. Nous nous intéressons directement aux observations concernant la signification et l'application de l'art. 96 ainsi que la nature des quatre lois provinciales et les fonc-

and the functions to be performed thereunder in the inferior courts.

The approach of this Court in 1938 no doubt reflected the economic straits of the nation at that time, and more particularly the great burden being felt by the provinces and their municipalities in the provision of social services during and towards the close of the great depression. For example, it is stated at p. 403 of the report:

The statutes before us constitute a part of the legislative measures in Ontario directed to these various ends. It would be competent to the Province of Ontario to put in effect a Poor Law system modelled upon that which prevails in England to-day. The province has not seen fit to do that but in some important respects the statutes that we have to consider embody features of the Poor Law system.

*The Adoption Act, supra*, was a good example. The statute was not rooted in economic conditions, nor was its procedure limited to those who were charges or potential charges on the state. The court was authorized to issue an adoption order relating to an unmarried child under the age of 21 years. The Supreme Court of Ontario and judges of the Juvenile Court, when authorized by the Lieutenant Governor in Council, were nominated by the statute as the judges empowered to hear such applications and, when so minded, to issue the necessary adoption order. It is important to note the history and origin of adoption legislation for as we shall see this was a process entirely unknown to our law in 1867. The first Ontario *Adoption Act* was passed in 1921 (1921 (Ont.), c. 55); in the United Kingdom in 1926 (1926 (U.K.), c. 29); and in British Columbia in 1920 (1920 (B.C.), c. 2, S.B.C. 1920). Anglin J. had this in mind when he stated in *Blayborough v. Brantford Gas Company* (1909), 18 O.L.R. 243, at p. 243 (H.C.):

“The law of England, strictly speaking, knows nothing of adoption, and does not recognize any rights, claims or duties arising out of such a relation, except as arising out of an express or implied contract”.

tions qui, en vertu de ces lois, devaient être remplies par les cours inférieures.

Le point de vue de cette Cour en 1938 traduisait indubitablement les difficultés économiques de la nation à l'époque, et plus particulièrement l'énorme fardeau qui pesait sur les provinces et les municipalités qui devaient assurer les services sociaux durant la grande dépression. Par exemple, à la p. 403 du recueil, il est déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] Les lois que nous examinons font partie des mesures législatives ontariennes prises à ces différentes fins. La province de l'Ontario aurait compétence pour établir un corps de lois sur l'assistance publique calqué sur celui actuellement en vigueur en Angleterre. La province n'a pas cru bon de le faire, mais à certains égards importants, les lois que nous avons à examiner comportent des éléments du corps de lois sur l'assistance publique.

*The Adoption Act*, précitée, en est un bon exemple. Cette loi ne résultait pas de la situation économique, pas plus que sa procédure ne se limitait aux personnes à la charge de l'Etat ou susceptibles de l'être. La cour pouvait rendre une ordonnance d'adoption relative à un enfant célibataire de moins de 21 ans. Aux termes de la Loi, la Cour suprême de l'Ontario et les juges du tribunal de la jeunesse, lorsque le lieutenant-gouverneur en conseil leur en donnait l'autorisation, avaient le pouvoir d'entendre ces demandes et, s'ils le jugeaient approprié, de rendre l'ordonnance d'adoption qui s'imposait. Il importe de relever l'historique et les origines de la législation en matière d'adoption car, comme nous allons le constater, la procédure d'adoption était tout à fait inconnue de notre droit en 1867. L'Ontario a promulgué sa première loi en matière d'adoption en 1921 (1921 (Ont.), chap. 55) le Royaume-Uni, en 1926 (1926 (R.-U.), chap. 29) et la Colombie-Britannique, en 1920 (1920 (C.-B.), chap. 2, S.B.C. 1920). C'est ce que le juge Anglin avait à l'esprit lorsqu'il a déclaré dans l'arrêt *Blayborough v. Brantford Gas Company* (1909), 18 O.L.R. 243, à la p. 243 (H.C.):

[TRADUCTION] «Le droit anglais, à strictement parler, ignore tout de l'adoption et il ne reconnaît aucune revendication ni aucun droit ou devoir fondés sur l'adoption, à moins qu'ils ne découlent d'un contrat exprès ou implicite.»

This is a quotation of the statement in Eversley on *Domestic Relations*, 3rd ed., p. 514. See to the same effect Riddell J. in *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384 (H.C.), at p. 386. Thus the statute of Ontario in 1937 introduced entirely new law. See, for example, s. 6 which makes provision for the change of status of the infant.

6.—(1) Upon an adoption order being made, the child shall, unless the adopting order otherwise provides, assume the surname of the adopting parent and all rights, duties, obligations and liabilities of the parent or parents, guardian or guardians of the adopted child, in relation to the future custody, maintenance and education of the adopted child, including all rights to appoint a guardian or to consent or give notice of dissent to marriage shall be extinguished, and all such rights, duties, obligations and liabilities shall vest in and be exercisable by and enforceable against the adopting parent as though the adopted child was a child born to the adopting parent in lawful wedlock, and in respect of the same matters and in respect of the liability of a child to maintain its parents the adopted child shall stand to the adopting parent in the position of a child born to the adopting parent in lawful wedlock; provided that, in any case where a husband and wife are the adopting parents, they shall in respect of the matters aforesaid and for the purpose of the jurisdiction of any court to make orders as to the custody and maintenance of and right of access to children stand to each other and to the adopted child in the same relation as they would have stood if they had been the lawful father and mother of the adopted child, and the adopted child shall stand to them respectively in the same relation as a child would have stood to a lawful father and mother respectively.

(originally enacted in the 1921 Act, *supra*)

For a discussion of the effect of these provisions in *The Adoption Act, supra*, see M. E. Hughes, "Adoption in Canada", in *Studies in Canadian Family Law*, Mendes da Costa (Toronto 1972), at p. 104. In his factum as counsel in the *Adoption* case, *supra*, J. C. McRuer, Q.C., later C.J.H.C. Ont., after reviewing the statute and the cases, concluded:

It is submitted, therefore, that the legislature of the Province of Ontario has by *The Adoption Act* created an

Il s'agit là d'une citation des propos d'Eversley dans l'ouvrage intitulé *Domestic Relations*, 3<sup>e</sup> éd., à la p. 514. Le juge Riddell a abondé dans le même sens dans l'arrêt *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384 (H.C.), à la p. 386. Ainsi la loi ontarienne de 1937 a introduit un droit entièrement nouveau. Voir, par exemple, l'art. 6 qui prévoit le changement de l'état civil du mineur.

[TRADUCTION] 6.—(1) Lorsqu'une ordonnance d'adoption est rendue, l'enfant doit, sauf disposition contraire de l'ordonnance, prendre le nom de famille du parent adoptif, et tous les droits, devoirs, obligations et responsabilités des parents ou des tuteurs de l'enfant adopté en ce qui concerne la garde, l'entretien et l'éducation futurs de cet enfant, y compris tout droit de nommer un tuteur ou de consentir au mariage ou de donner avis du refus d'y consentir, seront éteints et échoiront au parent adoptif qui pourra exercer ces droits et être tenu de s'acquitter de ces devoirs, obligations et responsabilités comme si l'enfant adopté était issu du mariage légitime du parent adoptif; et à ces mêmes égards et en ce qui concerne l'obligation d'un enfant d'entretenir ses parents, l'enfant adopté sera considéré vis-à-vis du parent adoptif comme un enfant issu du mariage légitime du parent adoptif, pourvu que, lorsqu'un mari et sa femme sont les parents adoptifs, quant aux questions susmentionnées et aux fins de la compétence d'une cour de rendre des ordonnances visant la garde et l'entretien d'enfants et le droit de visite, ils soient l'un vis-à-vis de l'autre et vis-à-vis de l'enfant adopté dans la même situation que s'ils avaient été les parents légitimes de l'enfant adopté, et celui-ci est à leur égard dans la même situation que celle d'un enfant vis-à-vis de ses parents légitimes.

(disposition initialement adoptée dans la Loi de 1921, précitée)

Pour une analyse de l'effet de ces dispositions de *The Adoption Act*, précitée, voir M. E. Hughes, «Adoption in Canada», dans *Studies in Canadian Family Law*, Mendes da Costa (Toronto 1972), à la p. 104. Dans le mémoire qu'il a présenté en sa qualité d'avocat dans le *Renvoi sur l'adoption*, précité, J.C. McRuer, c.r., qui est devenu par la suite juge en chef de la Haute Cour de l'Ontario, après avoir passé en revue la loi et les arrêts, a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous soutenons donc que la législature de la province d'Ontario a, par *The Adoption Act*, créé

entirely new jurisdiction not formerly enjoyed by any superior, district or county court.

Duff C.J. at p. 418 in dealing with *The Adoption Act* then before the Court, stated:

Let me first observe that the jurisdiction of the Legislature to pass the *Adoption Act* appears to me too clear for discussion and I add nothing to that.

I deal with *The Adoption Act* in some detail because while it deals with a subject matter not within the context here, nevertheless the importance and consequences of the adoption process in the community generally and as regards the subject child particularly, are so great as to envelope the questions raised in guardianship and custody. Indeed these three relationships are but rungs on the ladder of family relationships, each with characteristics and consequences more far-reaching than the one below, the lowest rung being custody and access, the highest being adoption. The finding of authority in the province to assign the judicial function in a process, undoubtedly within the provincial legislature's competence, to the summary procedure courts established by the province must surely be of some constitutional aid in discovering the propriety of like action in relation to guardianship and custody.

Under *The Children's Protection Act*, *supra*, the courts were authorized upon the application of designated public authorities to bring a child before the court before a judge who may "make an order" committing the child to the care of the Children's Aid Society. Section 9 of that Act provided:

9. The superintendent of any infants' or children's home or other public institution having the custody of children may bring before the judge any child who is neglected or deserted by his parents, or who is an orphan requiring guardianship, and the judge may make an order committing the child to the care of a children's aid society under the provisions of this Act. [Emphasis added.]

un domaine de compétence entièrement nouveau qui ne relevait auparavant d'aucune cour supérieure, de district ou de comté.

Traitant de *The Adoption Act* alors soumise à l'examen de la Cour, le juge en chef Duff a déclaré à la p. 418:

[TRADUCTION] Qu'il me soit permis de souligner en premier lieu que la compétence de la législature pour adopter *The Adoption Act* me paraît trop évidente pour être débattue et je n'ai rien d'autre à ajouter à ce sujet.

J'examine *The Adoption Act* de façon assez détaillée parce que, même si cette loi porte sur un sujet étranger au contexte en l'espèce, néanmoins l'importance et les conséquences de la procédure d'adoption pour la collectivité en général et pour l'enfant qui en fait l'objet en particulier sont telles qu'elles englobent les questions de la tutelle et de la garde. En fait, ce ne sont là que trois échelons des relations familiales, le plus bas étant la garde et le droit de visite, l'adoption le plus haut, chaque échelon supérieur comportant des caractéristiques et des conséquences plus importantes que celles de l'échelon précédent. Si l'on conclut que la province a le pouvoir d'attribuer à des cours de procédure sommaire qu'elle a établies la fonction judiciaire à l'égard d'une procédure relevant incontestablement de sa compétence, cela doit sûrement nous aider, sur le plan constitutionnel, à déterminer la légitimité d'une mesure similaire dans le domaine de la tutelle et de la garde.

*The Children's Protection Act*, précitée, autorisait les cours, à la demande des autorités publiques désignées, à traduire un enfant devant un juge qui pouvait [TRADUCTION] «rendre une ordonnance» confiant l'enfant aux soins de la Société de protection de l'enfance. L'article 9 de cette loi se lisait comme suit:

[TRADUCTION] 9. Le directeur d'un foyer pour mineurs ou enfants ou de tout autre établissement public ayant la garde d'enfants peut traduire devant le juge tout enfant négligé ou abandonné par ses parents, ou qui est un orphelin devant être soumis à la tutelle, et le juge peut rendre une ordonnance confiant l'enfant aux soins d'une société de protection de l'enfance conformément aux dispositions de la présente loi. [C'est moi qui souligne.]

Section 13 of the Act went on to provide that where a child has been so permanently committed, the children's aid society

... shall be the legal guardian of such child, until such child has attained the age of twenty-one years or is adopted under the provisions of *The Adoption Act*, or some other legal guardian is appointed. . . .

The judge referred to in the statute may be a judge of the county or district court, or magistrate, or judge of the juvenile court "when such magistrate or judge of the juvenile court has been designated by the Lieutenant-Governor in Council a judge within the meaning of this Act"—(s. 1(f)). Duff C.J. referred to this Act at p. 421:

Having regard to the purpose of the Act and its machinery, it appears to me to be precisely the kind of legislation which might be described as the modern counterpart of the Poor Law legislation in those features of it which are concerned with the care of neglected children. With great respect, I am unable to perceive any ground upon which it can be validly affirmed that magistrates exercising jurisdiction under this statute are entering upon a sphere which, having regard to legal history, belongs to the Superior Courts rather than to courts of summary jurisdiction; or that in exercising the functions attributed to them by this legislation they come within any fair intendment of section 96.

*The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act, supra*, provided for orders of maintenance by a court, where a wife has been deserted by her husband and it appears that he has deserted his wife "without having made adequate provision for her maintenance and the maintenance of his children residing with her . . ." and "the magistrate may order him to pay such weekly sum as may be deemed proper, having regard to all the circumstances . . ." (s. 1(1)). The same provision is made in s. 2 with reference to a father "who has deserted his child". In this statute there is no reference made to any charge on the community at large nor to any other provisions which would indicate that the statute was available only in the case of fathers and husbands who were economically unable to care for spouse or child or who might otherwise be in circumstances analogous to those of the Poor Laws of England.

L'article 13 de la Loi ajoutait que lorsqu'un enfant a été ainsi confié en permanence aux soins d'une société de protection de l'enfance, celle-ci

[TRADUCTION] . . . est la tutrice de cet enfant jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de vingt et un ans ou qu'il soit adopté conformément aux dispositions de *The Adoption Act*, ou qu'un autre tuteur soit nommé . . .

Le juge dont il était question dans cette loi pouvait être un juge de la cour de district ou de comté, un magistrat ou un juge du tribunal de la jeunesse [TRADUCTION] «lorsque ce magistrat ou ce juge du tribunal de la jeunesse a été désigné comme juge au sens de la présente loi par le lieutenant-gouverneur en conseil»—(al. 1f)). Le juge en chef Duff mentionne cette loi à la p. 421:

[TRADUCTION] Compte tenu de son objet et de ses mécanismes, la Loi me paraît, dans ses aspects qui portent sur le soin d'enfants négligés, constituer précisément ce genre de lois que l'on peut décrire comme le pendant moderne des lois sur l'assistance publique. Avec grands égard, je ne puis concevoir aucun motif valable à l'appui de l'affirmation que les magistrats exerçant compétence en vertu de cette loi touchent à un domaine qui, compte tenu de l'histoire juridique, relève des cours supérieures plutôt que des cours de juridiction sommaire; ou qu'en exerçant les fonctions que cette loi leur attribue, ces magistrats tombent dans le champ d'application de l'art. 96.

Selon *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, précitée, une cour pouvait rendre des ordonnances de pension alimentaire, lorsqu'une femme avait été abandonnée par son mari et qu'il semblait l'avoir fait [TRADUCTION] «sans avoir pourvu de façon adéquate à son entretien et à celui de ses enfants habitant avec elle . . . » et [TRADUCTION] «le magistrat peut lui ordonner de verser le montant hebdomadaire qu'il juge approprié, compte tenu de toutes les circonstances . . . » (par. 1(1)). La même disposition se retrouve à l'art. 2 concernant le père [TRADUCTION] «qui a abandonné son enfant». Cette loi ne mentionne aucune charge imposée à la collectivité en général ni aucune autre disposition indiquant que la loi ne s'appliquait que dans les cas de pères et de maris financièrement incapables de pourvoir aux besoins de leur épouse ou de leur enfant ou qui pouvaient de quelque autre manière se trouver dans des situations comparables à celles visées par les lois sur l'assistance publique d'Angleterre.

In the case of *The Children of Unmarried Parents Act*, *supra*, a judge of the county court or magistrate or judge of the juvenile court designated by the Lieutenant Governor in Council may make an order declaring a person to be the father of a child and requiring that person to pay maintenance as determined by the court, having regard to the circumstances of the case; and may, in the court's discretion, direct that the mother of the child born out of wedlock shall contribute to its maintenance. The statute establishes summary procedures for the enforcement of orders issued under the Act, including the collection of moneys directed to be paid for the maintenance of children. With reference to these two statutes Duff C.J., at pp. 418-19, stated:

As regards the *Children of Unmarried Parents Act* and the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, these statutes, broadly speaking, aim at declaring and enforcing the obligations of husbands and parents to maintain their wives and children and these, self-evidently, are peculiarly matters for provincial authority. As regards the maintenance of illegitimate children and deserted wives and children, the public responsibility, as already mentioned, rests exclusively with the provinces and it is for the provincial legislatures, and for them alone, to say how the incidence of that responsibility shall be borne.

While the Court goes on to observe that these statutes are closely analogous to certain statutes forming part of the Poor Law system as it developed in England, the last two mentioned statutes do not find any basis in the economic status of the children or the parents, or even in the theory that the community is passing along its burden to the parents if it can do so. Rather, the province in its statutes has determined where the responsibility for support for spouses and children lies and has established a summary process for the provision of such support. Duff C.J. in fact concludes at p. 419, that:

a maintenance order against a delinquent husband at the instance of a deserted wife is to be treated as on the same footing as alimony.

After the four statutes referred to the Court had been classified for the purpose of applying s. 96 to

Quant à *The Children of Unmarried Parents Act*, précitée, un juge de la cour de comté, un magistrat ou un juge du tribunal de la jeunesse désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil pouvait rendre une ordonnance déclarative de paternité et, par cette même ordonnance, exiger que la personne qui en faisait l'objet paie la pension alimentaire fixée par la cour, compte tenu des circonstances en l'espèce; et il pouvait, à sa discrétion, ordonner que la mère d'un enfant né hors du mariage contribue à l'entretien de cet enfant. Des procédures sommaires, dont la perception de sommes à verser pour l'entretien d'enfants, étaient établies afin d'assurer le respect des ordonnances rendues en vertu de la Loi. Voici ce qu'affirme le juge en chef Duff relativement à ces deux lois, aux pp. 418 et 419:

[TRADUCTION] Quant à *The Children of Unmarried Parents Act* et *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, ces lois visent, de façon générale, à déclarer et à faire respecter les obligations qu'ont les maris et les parents d'entretenir leur femme et leurs enfants et ces questions, il va de soi, relèvent spécialement de la province. En ce qui concerne l'entretien d'enfants naturels et de femmes et enfants abandonnés, la responsabilité publique, comme je l'ai déjà mentionné, relève exclusivement des provinces et il revient aux législatures provinciales, et à elles seulement, de dire comment cette responsabilité sera assumée.

Bien que la Cour souligne plus loin que ces lois sont très semblables à certaines lois faisant partie du corps de lois sur l'assistance publique élaborées en Angleterre, les deux dernières lois mentionnées ne se fondent aucunement sur la situation financière des enfants ou des parents, ni même sur la théorie selon laquelle la collectivité transmet le fardeau aux parents si elle le peut. La province a plutôt, dans ses lois, déterminé à qui incombe l'entretien de conjoints et d'enfants et elle a établi une procédure sommaire destinée à assurer cet entretien. En fait, le juge en chef Duff conclut, à la p. 419, ce qui suit:

[TRADUCTION] l'on doit traiter une ordonnance rendue à la demande d'une femme abandonnée contre un mari qui manque à ses obligations de la même façon qu'une pension alimentaire.

Après avoir classifié les quatre lois faisant l'objet du renvoi afin de pouvoir appliquer l'art. 96 et

determine the propriety of the assignment of the judicial administration of those statutes to courts presided over by provincially appointed judges, the Court proceeded to reach certain conclusions on the principles to be applied in making such a determination. It was settled (at p. 403) even before 1938 that the province is competent in those areas of family relations covered by the four Ontario statutes:

<sup>c</sup> The responsibility of the state for the care of people in distress (including neglected children and deserted wives) and for the proper education and training of youth, rests upon the province; . . .

The province could have made provision for these community interests in the mould of the Poor Law system of the United Kingdom but was not limited to applying those ancient legislative solutions (at pp. 403-4):

The practical problem raised by this reference is whether or not it is competent to the province to invest the officers presiding over these special tribunals, as well as justices of the peace and police magistrates, with the powers of summary adjudication conferred upon them by the statute, or whether, on the other hand, as is contended by those who attack the legislation, they are disabled in some important respects by Section 96 of the *B.N.A. Act* from taking advantage of this convenient summary procedure which has proved so efficacious.

The starting point in the determination of the application of s. 96 as a restraint on the provincial freedom of action is expressed by Duff C. J. (at p. 404):

Now, it seems to be indisputable that sections 96 and 97 of the *British North America Act* contemplate the existence of provincial courts and judges other than those within the ambit of section 96.

The significance of courts of summary procedure in our system of judicial administration must be appreciated before the proper limits of s. 96 can be discerned. Duff C.J. put it this way (at p. 415):

But throughout the whole of this country magistrates daily exercise, especially in the towns and cities, judicial powers of the highest importance in relation more particularly to the criminal law, but in relation also to a vast body of law which is contained in provincial statutes and municipal by-laws. The jurisdiction exercised by these functionaries, speaking generally, touches the

ainsi déterminer la légitimité de l'attribution de l'administration judiciaire de ces lois à des cours présidées par des juges nommés par la province, la Cour a tiré certaines conclusions quant aux principes applicables à cette détermination. Il était reconnu (à la p. 403), même avant 1938, que la province a compétence sur les aspects des relations familiales visés par les quatre lois ontariennes:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Il incombe à la province de pourvoir aux besoins des gens dans la détresse (y compris les enfants négligés et les femmes abandonnées) et de veiller à la bonne éducation et formation de la jeunesse; . . .

<sup>c</sup> La province aurait pu répondre à ces besoins de la collectivité en s'inspirant des lois sur l'assistance publique du Royaume-Uni, mais elle n'était pas limitée à l'application de ces solutions législatives anciennes (aux pp. 403 et 404):

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Le problème pratique que soulève ce renvoi est de savoir si la province a compétence pour investir les personnes qui président ces tribunaux spéciaux, ainsi que les juges de paix et les magistrats de police, des pouvoirs de décision sommaire que leur confère la loi, ou si, par contre, comme le prétendent ceux qui contestent la loi, l'art. 96 de l'*A.A.N.B.* les empêche à certains égards importants de mettre à profit cette procédure sommaire commode qui s'est montrée si efficace.

<sup>e</sup> Le juge en chef Duff énonce (à la p. 404) le point de départ de la détermination de l'application de l'art. 96 comme limite à la liberté d'action de la province:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Or, il paraît incontestable que les art. 96 et 97 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* envisagent l'existence de tribunaux et de juges provinciaux autres que ceux visés par l'art. 96.

<sup>g</sup> Il faut comprendre l'importance des cours de procédure sommaire dans notre système d'administration judiciaire avant de pouvoir dégager les limites appropriées de l'art. 96. Comme l'a dit le juge en chef Duff (à la p. 415):

<sup>h</sup> [TRADUCTION] Mais partout dans ce pays, les magistrats exercent chaque jour, surtout dans les villes et cités, des pouvoirs judiciaires extrêmement importants, plus particulièrement dans le domaine du droit pénal, mais se rapportant aussi à une législation étendue contenue dans des lois provinciales et des règlements municipaux. La compétence qu'exercent ces magistrats, en



great mass of the people more intimately and more extensively than do the judgments of the Superior Courts;

After referring to the effect of s. 129 of the *British North America Act* on laws of the confederating colonies, and in particular those establishing the authority of magistrates and justices of the peace, His Lordship observed (at p. 413):

The *B.N.A. Act*, therefore, by its express terms provided for the continuance of courts possessing civil jurisdiction which were not within the scope of section 96 and concerning the powers of which the provinces had exclusive authority in virtue of section 92(14).

The provinces acquired plenary authority, not only to diminish the jurisdiction of such courts, but also to increase it, subject only to any qualification arising in virtue of s. 96.

That a province could not indirectly offend the section by so augmenting the jurisdiction of an inferior court so as to bring within its jurisdiction matters pertaining to the jurisdiction of a superior court while still retaining the power to appoint the judge, was likewise obvious.

That, in effect, would not be distinguishable from constituting a new court as, for example, a Superior Court, within the scope of section 96 and assuming power to appoint the judge of it. In principle, I do not think it is possible to support any stricter limitation upon the authority of the provinces, . . . [at p. 414].

The Court then made it abundantly clear that the determination of the reach of inferior court jurisdiction, having in mind s. 96, was in no way limited to an '1867 test'.

In effect, it was argued before us that provincial legislation is repugnant to section 96 if in any particular the jurisdiction of one of these courts of summary jurisdiction existing at the date of Confederation is increased. That, in my view, is quite inadmissible in principle as it is incompatible with practice and authority since Confederation with the exception of one or two decisions in very recent years which are put upon the authority of *Martineau's* case [at p. 415].

This line of reasoning lead naturally to the proposition basic to the judgment in the 1938 *Adoption Reference* (at p. 418):

général, touche la grande masse des gens de façon plus intime et plus profonde que les jugements des cours supérieures;

<sup>a</sup> Après avoir rappelé l'effet de l'art. 129 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* sur les lois des colonies participant à la Confédération, et particulièrement sur celles établissant les pouvoirs des magistrats et des juges de paix, Sa Seigneurie a fait remarquer (à la p. 413) ce qui suit:

[TRADUCTION] Donc l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* prévoit expressément la continuité de cours investies de compétence en matière civile qui ne sont pas visées par l'art. 96 et dont les pouvoirs relèvent exclusivement des provinces en vertu du par. 92(14).

<sup>b</sup> Les provinces ont acquis plein pouvoir, non seulement de restreindre la compétence de ces cours, mais aussi de l'élargir, sous la seule réserve des restrictions découlant de l'art. 96.

<sup>c</sup> Il était tout aussi évident qu'une province, tout en conservant le pouvoir de nommer le juge d'une cour inférieure, ne pouvait contrevenir indirectement à l'article en élargissant ainsi la compétence de cette cour de façon qu'elle connaisse de questions ressortissant à une cour supérieure.

[TRADUCTION] Cela reviendrait en fait à constituer une nouvelle cour du type visé à l'art. 96, comme par exemple une cour supérieure, et à assumer le pouvoir d'en nommer le juge. En principe, je ne crois pas qu'il soit possible de préconiser une limitation plus stricte du pouvoir des provinces . . . [à la p. 414].

<sup>d</sup> La Cour a alors affirmé très clairement que pour déterminer l'étendue de la compétence d'une cour inférieure, compte tenu de l'art. 96, il ne fallait nullement se limiter au [TRADUCTION] «critère de la situation de 1867».

<sup>e</sup> [TRADUCTION] En fait, on a fait valoir devant cette Cour qu'une loi provinciale devient incompatible avec l'article 96 si la compétence d'une de ces cours de juridiction sommaire existant à la date de la Confédération est de quelque façon élargie. Cet argument, à mon avis, est entièrement inacceptable en principe, car il va à l'encontre de la pratique et de la jurisprudence depuis la Confédération, à l'exception d'une ou deux décisions récentes fondées sur l'arrêt *Martineau* [à la p. 415].

<sup>f</sup> Ce raisonnement mène naturellement à la proposition fondamentale du *Renvoi sur l'adoption* de 1938 (à la p. 418).

Then, it should be observed that, if you have a provincial court outside the scope of s. 96 and the province enlarges its jurisdiction or its powers, but not in such a manner as to constitute a court of a class within the intendment of s. 96, I, as a judge, charged solely with the application of the law, have no further concern with what the legislature has done. It is no part of my function as a judge to consider whether, if the province should go on enlarging the jurisdiction and powers of the court, it might arrive at a point when the tribunal would cease to be one outside the ambit of s. 96. I have nothing to do with that.

It was argued at length before this Court that the jurisdiction of inferior courts, engaged as they are in what has been somewhat loosely referred to as summary process, are somehow confined to family relations in those circumstances where all or part of the family have become or might become a charge on the community; in short a 'poor law' ceiling on the operations of the provincially appointed judges which prevents their courts from entertaining those same proceedings when they concern that part of the community neither destitute nor likely to become a charge on the community. On this aspect the remarks of Duff C.J. (at pp. 419-20) are again relevant to this appeal:

The subject is envisaged by these statutes from a different point of view. It is dealt with from the point of view of the obligation of the community and of the husband to the community. That is to say, it recognizes, first, the obligation of the community to protect women and children afflicted by misfortune through the default of their natural protector in the discharge of his natural obligations and, as one means of securing that end, it imposes upon the defaulting father and husband the legal duty enforceable by summary proceedings to support his children and his wife. The statute places the obligation to care for the deserted wife and children on the shoulders of that member of the community whose duty it is to the community as well as to his family to bear the burden.

The duty of the parent being both private and public it can be enforced by the state or by the beneficiary of the statute (*Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601, at p. 628) and the forum may be the same, that is a court entertaining summary proceedings. But all of this is reduced to the clearest terms at the close of the judgment where

[TRADUCTION] Puis, il faudrait noter que, s'il y a une cour provinciale hors de la portée de l'art. 96 et que la province en élargit la compétence ou les pouvoirs, mais non de façon à constituer une cour du type visé à l'art. 96, moi, en ma qualité de juge, chargé uniquement d'appliquer la loi, je n'ai pas à me préoccuper davantage de ce qu'a fait la législature. Il ne m'appartient nullement en tant que juge d'examiner si, dans l'hypothèse où la province continuerait d'élargir la compétence et les pouvoirs de la cour, on arriverait éventuellement au point où il ne s'agirait plus d'une cour hors de la portée de l'art. 96. Cela ne me regarde pas.

On a fait valoir longuement devant cette Cour que la compétence des cours inférieures, celles-ci connaissant de procédures dites, quelque peu librement, sommaires, est en quelque sorte limitée aux relations familiales dans les cas où une famille, en totalité ou en partie, est à la charge de la collectivité ou risque de le devenir; il s'agit en somme d'une limite évocatrice des «lois sur l'assistance publique» imposée aux juges nommés par la province et empêchant les cours qu'ils président de connaître de ces mêmes procédures lorsque les personnes impliquées ne sont ni dans le dénuement ni susceptibles de devenir à la charge de la collectivité. Encore ici, les observations du juge en chef Duff (aux pp. 419 et 420) sont pertinentes:

[TRADUCTION] Ces lois abordent la question d'un point de vue différent, savoir celui de l'obligation de la collectivité et de celle du mari envers cette dernière. Autrement dit, elles reconnaissent d'abord l'obligation de la collectivité de protéger les femmes et les enfants qui sont dans l'infortune parce que leur protecteur naturel ne s'acquitte pas de ses obligations naturelles et, pour atteindre cet objectif, elles imposent notamment au père et mari fautif l'obligation légale, dont le respect peut être assuré par voie de procédures sommaires, d'entretenir ses enfants et sa femme. La loi fait reposer l'obligation de pourvoir aux besoins de la femme et des enfants abandonnés sur les épaules du membre de la collectivité qui a la responsabilité, tant envers cette dernière qu'envers sa famille, d'assumer ce fardeau.

L'obligation du parent étant d'ordre à la fois privé et public, l'Etat aussi bien que la personne protégée par la loi peuvent la faire respecter (*Hyman v. Hyman*, [1929] A.C. 601, à la p. 628) et ils peuvent le faire devant le même tribunal, savoir une cour qui connaît de procédures sommaires. Mais tout cela est exprimé en termes très nets

it is stated (at pp. 420-21), with particular reference to *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act* but following a lengthy discussion of all four statutes:

In *Clubine v. Clubine*, [[1937] O.R. 636] the Court of Appeal for Ontario, following the judgment of the Court of Appeal for Alberta in *Kazakewich v. Kazakewich*, [[1936] 3 W.W.R. 699], held that section 1 (1) of the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act* is *ultra vires* on the ground that it is beyond the powers of a provincial legislature to invest a court of summary jurisdiction, such as a magistrate's court, with a jurisdiction theretofore exclusively exercised by a Superior Court of the province. I have given my reasons for thinking that the proposition in that sweeping form cannot be sustained and, with the greatest possible respect, I think, moreover, that the Court of Appeal for Ontario have not given due weight to the special character of the jurisdiction vested in the courts of summary jurisdiction under the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, or to the close analogy between that jurisdiction and the jurisdiction exercised for centuries by courts of summary jurisdiction in England and in Canada . . . the question one must ask oneself is this: does the jurisdiction conferred upon magistrates under these statutes broadly conform to a type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by courts within the purview of s. 96?

In answering the question the Court found it proper to look to the practice in England but there is no suggestion that this is the exclusive or conclusive recourse.

The essential test, therefore, to be drawn from the *Adoption Reference* judgment is to ask the question as to whether the jurisdiction conferred upon the inferior court under the statute in question broadly conforms to the type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by s. 96 courts. In *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, *supra*, the Privy Council was called upon to apply s. 96 to the statute establishing a labour relations board in a province. The orders of the Board at least had the appearance of those of a traditional court (in the case in question the order directed reinstatement of discharged employees) and all members of

à la fin de l'arrêt où il est déclaré (aux pp. 420 et 421), en se référant particulièrement à *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, mais après une longue étude des quatre lois, ce qui suit:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Clubine v. Clubine* [[1937] O.R. 636], la Cour d'appel de l'Ontario, à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *Kazakewich v. Kazakewich* [[1936] 3 W.W.R. 699], a statué que le par. 1(1) de *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act* est *ultra vires* parce qu'une législature provinciale n'a pas le pouvoir d'investir une cour de juridiction sommaire, comme une cour de magistrat, d'une compétence jusque-là exercée exclusivement par une cour supérieure de la province. J'ai exposé mes motifs de croire qu'une proposition aussi radicale est insoutenable et, avec les plus grands égards, j'estime de plus que la Cour d'appel de l'Ontario n'a accordé assez d'importance ni au caractère spécial de la compétence dont *The Deserted Wives' and Children's Maintenance Act* investit les cours de juridiction sommaire, ni au rapport étroit qui existe entre cette compétence et celle exercée depuis des siècles par les cours de juridiction sommaire anglaises et canadiennes . . . il faut se poser la question suivante: la compétence attribuée aux magistrats en vertu de ces lois correspond-elle d'une manière générale à un type de compétence pouvant habituellement être exercée par des cours de juridiction sommaire plutôt qu'à la compétence qu'exercent les cours visées à l'art. 96?

En répondant à cette question, la Cour a jugé qu'il convenait d'étudier la pratique en Angleterre, mais il n'est pas dit que cette façon de procéder soit la seule possible ou qu'elle soit concluante.

Donc, le critère essentiel qui se dégage du *Renvoi sur l'adoption* est de savoir si la compétence attribuée à la cour inférieure par la loi en cause correspond d'une manière générale au type de compétence pouvant habituellement être exercée par des cours de juridiction sommaire plutôt qu'à la compétence qu'exercent les cours visées à l'art. 96. Dans l'affaire *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, précitée, le Conseil privé a été appelé à appliquer l'art. 96 à la loi constitutive d'une commission des relations du travail dans une province. Les ordonnances de la Commission avaient au moins l'apparence de celles d'une cour au sens traditionnel (il s'agissait en l'espèce d'une ordonnance de réinté-

the Board were provincially appointed. Lord Simonds, after acknowledging the difficulty of determining “whether one court is ‘analogous’ to another”, proceeded to a determination without making any such finding, that the Board was not a superior court. At p. 152, Lord Simonds stated:

They do not think it necessary to consider whether it is a jurisdiction more nearly analogous to that exercised at the time of confederation by justices of the peace—a matter to which much argument was directed—nor would they pursue the comparison with the jurisdiction of the Workmen’s Compensation Board, which was also pressed on them by counsel. It is sufficient to say that it is not, in their opinion, analogous to that of a superior, district or county court.

Perhaps out of fear that the Privy Council might be misunderstood to have said that while they ‘could not define a superior court, they would know one if they saw it’, His Lordship went on to say (at p. 154):

But they would prefer to put the question in another way, which may be more helpful in the decisions of similar issues, namely, “Does the jurisdiction conferred by the Act on the appellant board broadly conform to the type of jurisdiction exercised by the superior, district or county courts?” In their view, for the reasons already stated, it does not do so. They do not think it necessary to say whether it conforms more nearly to any other jurisdiction existing in 1867.

The test so adopted by the Privy Council in *John East* is, from the viewpoint of a provincial legislature, more liberal than that of Duff C.J. in the *Adoption Reference*, for the residual allocation of non-superior court functions falls to the inferior tribunals and not vice versa. It was put this way by the learned author of *Constitutional Law of Canada*, 1977, P. W. Hogg, at p. 135:

It should be noticed that this is an even more liberal test than that employed by Duff C.J. in the *Adoption Reference*. To ask whether a lower court or tribunal is exercising a jurisdiction in broad conformity with that of courts of summary jurisdiction, as Duff C.J. did in that case, is to impose historical limits on inferior-court or tribunal jurisdiction by implying that wholly new kinds of jurisdiction must be exercised by higher courts. To turn the

gration d’employés congédiés) et tous les membres de la Commission étaient nommés par la province. Lord Simonds, après avoir reconnu la difficulté de déterminer [TRADUCTION] «si une cour est «assimilable» à une autre», a conclu, sans se prononcer sur cette question, que la Commission n’était pas une cour supérieure. A la p. 152, lord Simonds déclare ce qui suit:

[TRADUCTION] Elles n’estiment pas nécessaire d’examiner si c’est une compétence qui s’apparente plus à celle qu’exerçaient les juges de paix à l’époque de la Confédération—une question longuement débattue—et elles ne font pas de comparaison avec la compétence de la Commission des accidents du travail, comme l’ont demandé les avocats. Il suffit de dire qu’à leur avis, elle n’est pas assimilable à la compétence d’une cour supérieure, de district ou de comté.

Craignant peut-être que l’on conclue à tort que le Conseil privé a dit que s’il ne pouvait définir une cour supérieure, il serait bien capable d’en reconnaître une, le cas échéant, Sa Seigneurie a ajouté (à la p. 154):

[TRADUCTION] Mais elles préfèrent poser la question d’une autre façon, plus susceptible d’aider à trancher des questions de pareille nature, savoir, «La compétence que la Loi confère à la Commission appelante, correspond-elle d’une manière générale au type de compétence qu’exercent les cours supérieures, de district ou de comté?» A leur avis, pour les motifs déjà exposés, ce n’est pas le cas. Elles n’estiment pas nécessaire de dire si elle correspond davantage à quelque autre compétence qui existait en 1867.

Le critère ainsi adopté par le Conseil privé dans l’arrêt *John East* est, du point de vue d’une législation provinciale, plus libéral que celui du juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l’adoption*, car les fonctions qui ne relèvent pas des cours supérieures reviennent aux cours inférieures et non le contraire. Voici ce qu’en dit P.W. Hogg, le savant auteur de *Constitutional Law of Canada*, 1977, à la p. 135:

[TRADUCTION] Il convient de faire remarquer qu’il s’agit là d’un critère encore plus libéral que celui utilisé par le juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l’adoption*. En se demandant, comme l’a fait le juge en chef Duff dans cet arrêt, si une cour ou un tribunal inférieur exerce une compétence qui correspond d’une manière générale à celle des cours de juridiction sommaire, on impose à la compétence des cours ou tribunaux infé-

question over, and ask, as Lord Simonds does, whether the lower court or tribunal exercises a jurisdiction in broad conformity with that of a superior, district or county court is to imply that new kinds of jurisdiction need not be exercised by the higher courts.

In a recent decision of this Court, *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, Dickson J., at pp. 730-31, concluded that the *Adoption Reference* case represented a liberalization of the view held by the Privy Council in cases prior thereto and that the *John East* case, *supra*, represented a further shift in that viewpoint because:

The formulation of Duff C.J. froze the provincial jurisdiction to that of summary courts. Lord Simonds in *John East* suggested that it was not absolutely necessary to consider whether there was a true analogy between the impugned jurisdiction and the jurisdiction of summary courts; it would be sufficient, for constitutional purposes, to establish that the power or jurisdiction was not one traditionally falling within s. 96.

Thus we have seen a progressive relaxation of the judicial outlook on the proper application of s. 96 to the legislative programs of the provinces where summary procedure courts are accorded jurisdiction, sometimes exclusive, other times concurrently with superior courts.

A permissive view is, of course, more easily adopted when the constitutional scan is directed to an administrative tribunal operating under a statute which outlines the policy of the legislature and which leaves much of the implementation and application of that policy to a board appointed sometimes with a qualifying background related to the regulated field. But it has almost equal importance and value when the program outlined in the enabling statute lends itself to interpretation and application in the quick and relatively less expensive summary procedures of the so-called inferior tribunals. The rights and duties created by such statutes frequently are of a kind or are directed to

rieurs des limites historiques en laissant supposer que l'exercice de types de compétence entièrement nouveaux doit revenir aux cours supérieures. Si l'on pose la question différemment, en se demandant, comme le fait lord Simonds, si la cour ou le tribunal inférieur exerce une compétence qui correspond d'une manière générale à celle d'une cour supérieure, de district ou de comté, on laisse supposer que l'exercice de nouveaux types de compétence n'incombe pas forcément aux cours supérieures.

Dans un récent arrêt de cette Cour, *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson, aux pp. 730 et 731, a conclu que le *Renvoi sur l'adoption* représentait une libéralisation du point de vue exprimé par le Conseil privé dans des arrêts antérieurs et que l'arrêt *John East*, précité, allait encore plus loin dans ce sens pour le motif suivant:

La formulation du juge en chef Duff figeait la compétence provinciale à celle des cours de juridiction sommaire. Dans l'arrêt *John East*, lord Simonds a estimé qu'il n'était pas absolument nécessaire de se demander s'il y avait une véritable analogie entre la compétence attaquée et la compétence des cours de juridiction sommaire; il suffirait, pour des fins constitutionnelles, d'établir que le pouvoir ou la compétence ne relèvent pas traditionnellement de l'art. 96.

Nous constatons ainsi un assouplissement progressif de la façon dont les cours perçoivent la bonne application de l'art. 96 aux programmes législatifs des provinces dont certaines cours de procédure sommaire sont investies d'une compétence, parfois exclusive, parfois concurrente avec celle des cours supérieures.

Il est évidemment plus facile d'adopter un point de vue laxiste lorsque l'examen constitutionnel porte sur un tribunal administratif fonctionnant en vertu d'une loi qui énonce la politique du législateur et qui confie, dans une large mesure, l'application de cette politique à une commission dont les membres ont, dans certains cas, des connaissances pertinentes dans le domaine visé par la réglementation. Mais un tel point de vue a presque autant d'importance et de valeur lorsque le programme énoncé dans la loi habilitante se prête à une interprétation et une application dans le cadre des procédures sommaires rapides et relativement moins coûteuses des tribunaux dits inférieurs. Sou-

a sector of the community so as to be better and more expeditiously realized and interpreted by the less formal and less demanding procedures of the provincial court. It is not to denigrate the role of the superior court or its efficacy in the modern community. It is only to say that the highly refined techniques evolved over centuries for the determination of serious and frequently profound difficulties arising in the community are unnecessary for the disposition of much of the traffic directed to the magisterial courts by contemporary provincial legislation. That traffic can sometimes bear neither the cost nor the time which sometimes inevitably must be borne or devoted by the parties to causes in the courts of general jurisdiction (the descendants of the royal courts of justice) and the county courts.

Much has been said in this Court and in the Court of Appeal of a broad, general jurisdiction of the superior courts over custody and guardianship at the time of Confederation. As I understand it, the primary source of this asserted jurisdiction is the inherent jurisdiction of the Chancery Courts by virtue of *parens patriae*. The origins of the doctrine which are vague have been well summarized in *Story's Equity Jurisprudence*, 12th ed., 1877, at paragraph 1333.

Notwithstanding the objections thus urged against the legitimacy of the origin of the jurisdiction, it is highly probable that it has a just and rightful foundation in the prerogative of the Crown, flowing from its general power and duty as *parens patriae*, to protect those who have no other lawful protector.

It is worthwhile to note that Story saw the *parens patriae* jurisdiction as extending to those who had no other lawful protector, an indication that the jurisdiction had a more limited scope than that contended for it by the proponents of a broad, general jurisdiction. Its precise extent is illuminated somewhat by reference to *Simpson on Infants* (London: 1875) (at p. 114):

vent, soit en raison de la nature des droits et des obligations que créent ces lois, soit parce que ces droits et obligations s'adressent à une partie précise de la collectivité, l'application et l'interprétation desdites lois se fait mieux et de façon plus expéditive par le moyen des procédures moins formelles et moins exigeantes des cours provinciales. Je ne veux pas par là déprécier le rôle de la cour supérieure ni son efficacité dans la collectivité moderne. Je veux simplement dire que les techniques hautement raffinées, qui ont été élaborées au cours des siècles pour résoudre des difficultés sérieuses et souvent profondes qui surgissent dans la collectivité, ne sont pas nécessaires pour trancher bien des litiges dont les cours inférieures sont saisies en vertu de lois provinciales contemporaines. Dans certains cas, les litiges devant les cours de juridiction générale (qui tirent leur origine des cours de justice royales) et devant les cours de comté ne valent ni le temps ni l'argent que les parties doivent parfois inévitablement leur consacrer.

On a beaucoup parlé en cette Cour et en Cour d'appel d'une large compétence générale des cours supérieures en matière de garde et de tutelle, à l'époque de la Confédération. Si je comprends bien, la source principale de cette compétence serait la compétence de *parens patriae* inhérente aux cours de chancellerie. Les origines obscures de cette doctrine sont bien résumées dans *Story's Equity Jurisprudence*, 12<sup>e</sup> éd., 1877, au paragraphe 1333, dont voici le texte:

[TRADUCTION] Malgré les arguments ainsi opposés à la légitimité des origines de cette compétence, il est fort probable que son fondement valable et légitime soit la prérogative de la couronne, prérogative découlant de l'obligation et du pouvoir généraux de celle-ci en sa qualité de *parens patriae*, de protéger les personnes qui n'ont aucun autre protecteur légal.

Il est utile de noter que, d'après Story, la compétence de *parens patriae* s'étend aux personnes qui n'ont aucun autre protecteur légal, ce qui indique que cette compétence a une portée plus limitée que celle que lui attribuent les tenants d'une compétence large et générale. Sa portée précise devient un peu plus claire si l'on se réfère à *Simpson on Infants* (London: 1875) (à la p. 114):

The Court of Chancery cannot control the father's common-law right, except as authorized by statute or on the grounds hereafter discussed; nor had it even the jurisdiction to let the mother have access to the child.

Among the grounds upon which the Chancery Courts had jurisdiction to interfere, Simpson outlined the following (at pp. 138-39):

The following have been held good grounds for interference: cruelty to the wife, for which the husband had been sent to Newgate, combined with general bad character; constant habits of drunkenness and blasphemy, poisoning the mind of the infant; cruelty to the children; the fact that the father was a man of very irregular habits, and had been in prison for debt; open habits of profligacy and adultery; similar habits, conjoined with the father's deliberately teaching the children to swear and use all kinds of low language; the fact that the father was a man of dissipated and worthless character, and had married a servant; if the father must be taken to have been guilty of an unnatural crime; or has criminally assaulted his daughter, *Swift v. Swift*.

The following have been held insufficient grounds for interference: occasional acts of what a third person might think to be cruelty, if such cruelty is really little more than harshness; or the fact that the father is a man of passionate temper, and has occasionally given way to acts of severity; or that his conduct is such that his wife cannot happily live with him, if it be not such as to corrupt the morals of the children; or that some time ago he was living a life of idleness, profligacy, and drunkenness; or his living in adultery after a judicial separation from his wife, where he was careful not to bring the children into any contact with the woman.

Reverting to Story's text, *supra*, that learned author at paragraph 1341 wrote that the jurisdiction of the Court of Chancery:

extends to the care of the person of the infant so far as is necessary for its protection and education, and as to the care of the property of the infant for its due management and preservation and proper application for his maintenance . . . .

and concludes:

. . . but it is only in cases of gross misconduct that paternal rights are interfered with.

[TRADUCTION] La Cour de chancellerie ne peut exercer aucun pouvoir sur le droit du père en *common law*, à moins qu'une loi ne l'autorise à le faire ou que ce ne soit pour les motifs exposés ci-après, et elle n'a même pas compétence pour permettre à la mère de rendre visite à l'enfant.

Parmi les motifs justifiant l'intervention des cours de chancellerie, Simpson expose les suivants (aux pp. 138 et 139):

[TRADUCTION] Voici ce qu'on a jugé être des motifs valables d'intervention: sévices sur la femme, pour lesquels le mari avait été envoyé à Newgate, assortis d'un caractère généralement mauvais; ivrognerie d'habitude et blasphèmes constants, corruption de l'esprit de l'enfant; sévices sur les enfants; habitudes très irrégulières du père et son emprisonnement pour dette; débauche et adultère notoires; habitudes de même nature jointes aux efforts volontaires du père d'apprendre aux enfants à jurer et à employer toute espèce de langage vulgaire; le caractère dissipé et sans valeur du père et le fait qu'il avait épousé une servante; s'il faut présumer que le père s'est rendu coupable d'un crime contre nature; ou s'il a violé sa fille, *Swift v. Swift*.

On a jugé que les motifs suivants ne justifient pas l'intervention: des actes occasionnels qui, de l'avis d'un tiers, pourraient constituer des sévices, si ces sévices ne constituent en réalité rien de plus qu'un traitement dur; ou le tempérament passionné du père qui parfois se livre à des actes de sévérité; comportement tel que sa femme ne peut vivre heureuse avec lui, si ce comportement n'est pas de nature à corrompre les mœurs des enfants; ou le fait qu'il y a quelque temps il menait une vie d'oisiveté, de débauche et d'ivrognerie; ou qu'il vit dans l'adultère après une séparation de corps, lorsqu'il veille à ce que les enfants ne voient pas la femme.

Pour en revenir au texte de Story, précité, ce savant auteur écrit, au paragraphe 1341, que la compétence de la Cour de chancellerie:

[TRADUCTION] s'étend à la prise en charge du mineur, dans la mesure où cela est nécessaire pour la protection et l'éducation de ce dernier; et quant aux biens du mineur, sa compétence s'étend à leur saine gestion et conservation, et à leur application régulière à son entretien . . .

et il conclut:

[TRADUCTION] . . . mais ce n'est que dans des cas d'inconduite flagrante que l'on prive le père de ses droits.

Custody, as the term is employed today, did not find judicial expression until comparatively recently. Of course, courts always intervened to protect the child from injury or danger or extreme deprivation but the extent of this jurisdiction in the superior courts is revealed in the use of the writ of *habeas corpus* in earlier times:

It seems from the language of many judges, that infants will be protected by the court from personal violence, and that if a child be cruelly treated by his father, he will be taken from him upon *habeas corpus*.

But whether a child, being in the father's possession, will be taken from him, on account of his having exposed it to contact with improper persons, is extremely doubtful. Lord Eldon considered that a judge on *habeas corpus* attended to nothing but cruelty or personal ill usage to the child, as a ground for taking it from its father. [*MacPherson on Infants*, 1843: Philadelphia, at p. 116.]

Thus it can be seen from the above authorities that the scope of the inherent jurisdiction of superior courts at the time of Confederation, so far from being broad and general, was at best co-extensive with the jurisdiction which has been conceded to the summary process courts in relation to *The Children's Protection Act* in the *Adoption Reference* (see Duff C.J., at p. 421) and which was analogized by this Court to the jurisdiction of magistrates under the English Poor Laws.

Not only was the superior court jurisdiction not broad; neither was it exclusive.

The power to appoint a guardian was given to the Surrogate Court in Upper Canada in 1827 by 1827 (U.C.), c. 6, and was re-enacted in 1859 in an act entitled *An Act respecting the appointment of Guardians and the Custody of Infants*, C.S.U.C. 1859, c. 74, s. 1 of which provided in part:

The right of appointing guardians of infants (such infants not having a father living or any legal guardian authorized by law to take care of their persons and the charge of their estates), shall belong exclusively to the Surrogate Court for the County within which any such infants reside, . . .

Ce n'est que depuis peu que l'on retrouve dans le vocabulaire judiciaire le terme «garde» au sens moderne. Bien sûr, les cours sont toujours intervenues pour protéger un enfant contre les préjudices corporels, le danger ou la privation extrême, mais l'étendue de cette compétence des cours supérieures ressort de l'utilisation par le passé du bref d'*habeas corpus*:

[TRADUCTION] Il semble se dégager des propos d'un bon nombre de juges que les cours protégeront les mineurs contre les violences physiques, et que si un père exerce des sévices sur son enfant, ce dernier lui sera enlevé par voie d'*habeas corpus*.

Mais il est extrêmement douteux qu'on enlève à un père l'enfant dont il a la garde parce qu'il l'a exposé au contact de personnes inconvenantes. Lord Eldon a estimé que, sur une demande d'*habeas corpus*, les seuls motifs que le juge doit retenir pour enlever un enfant à son père sont les sévices ou les mauvais traitements. [*MacPherson on Infants*, 1843: Philadelphie, à la p. 116.]

Il ressort donc des passages précités que la portée de la compétence inhérente des cours supérieures à l'époque de la Confédération, loin d'être large et générale, était de même étendue que celle que le *Renvoi sur l'adoption* (voir le juge en chef Duff, à la p. 421) a reconnue aux cours de procédure sommaire relativement à *The Children's Protection Act* et que cette Cour a assimilée à la compétence dont sont investis les magistrats en vertu des lois anglaises sur l'assistance publique.

Non seulement la compétence des cours supérieures n'était pas large, elle n'était pas exclusive non plus.

Le pouvoir de nommer un tuteur dans le Haut-Canada a été accordé au tribunal des successions et des tutelles en 1827 dans 1827 (H.-C.), chap. 6, et il a été réitéré en 1859 dans une loi intitulée *An Act respecting the appointment of Guardians and the Custody of Infants*, C.S.U.C. 1859, chap. 74, dont l'art. 1 prévoyait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] Le droit de nommer les tuteurs de mineurs (ces mineurs n'ayant pas de père vivant ni aucun tuteur légalement habilité à s'occuper de leur personne et de leurs biens) relève exclusivement du tribunal des successions et des tutelles du comté où résident ces enfants . . .



The *Surrogate Courts Act, 1858*, 1858 (U.C.), c. 93, provided in s. 63:

The right of appointing guardians shall belong exclusively to the Surrogate Court for the County within which such infants shall reside, . . .

As to the status of a surrogate court in these times, see *Rimmer v. Hannan* (1921), 60 D.L.R. 637 (Sask. C.A.), wherein Lamont J.A., as he then was, stated at p. 642:

A perusal of the Act (R.S.U.C. 1859, ch. 16) satisfies me that they were not Superior Courts.

Similarly in the case of custody. In the *Act for the Relief of the Poor*, 1601 (Engl.), c. 2, authority was granted to two justices of the peace for granting to others the "apprenticeship" of children where the parents had not the means to maintain them. Reference could also be made to *The Industrial Schools Act, 1866*, 1866 (U.K.), c. 118. While these acts admittedly contemplated an exercise of jurisdiction by summary courts in different circumstances from those envisaged by the *Family Relations Act*, the circumstances are not dissimilar to those in which the inherent jurisdiction of the superior courts would be exercised at the time of Confederation.

I seek to draw nothing from this sketch of legal history with reference to guardianship and custody other than the fact that the proponents of the superior courts cannot demonstrate the historic existence of an exclusive jurisdiction in the field of guardianship or custody analogous to that proposed in the legislation now before this Court.

Against this background then we turn to the provisions of the *Family Relations Act, supra*, relating to guardianship and custody. They are respectively as follows:

25. (1) A guardian is both guardian of the person of the child and guardian of the estate of the child.

(2) Subject to this Act, a guardian of the estate of a child has all powers over the estate of the child as a guardian appointed by will or otherwise had on May 19, 1917 in England under Acts 12, Charles the Second, chapter 24, and 49 and 50 Victoria, chapter 27, section 4.

L'article 63 de la *Surrogate Courts Act, 1858*, 1858 (H.-C.), chap. 93 prévoyait ce qui suit:

[TRADUCTION] Le droit de nommer les tuteurs relève exclusivement du tribunal des successions et des tutelles du comté où réside le mineur . . .

Quant au statut juridique d'un tribunal des successions et des tutelles à cette époque, voir l'arrêt *Rimmer v. Hannan* (1921), 60 D.L.R. 637 (C.A. Sask.), où le juge Lamont, alors juge puîné, a déclaré à la p. 642:

[TRADUCTION] La lecture de la Loi (C.S.U.C. 1859, chap. 16) me convainc qu'il ne s'agissait pas de cours supérieures.

Il en va de même pour la garde. L'*Act for the Relief of the Poor*, 1601 (Angleterre), chap. 2, habitait deux juges de paix à mettre en «apprentissage» chez d'autres personnes les enfants dont les parents n'avaient pas les moyens de les entretenir. On pourrait également se référer à *The Industrial Schools Act, 1866*, 1866 (R.-U.), chap. 118. S'il est vrai que ces lois prévoyaient l'exercice de compétence par des cours de juridiction sommaire dans des circonstances différentes de celles envisagées par la *Family Relations Act*, ces circonstances sont semblables à celles dans lesquelles les cours supérieures exerçaient leur compétence inhérente à l'époque de la Confédération.

Je ne veux tirer aucune conclusion de ce bref historique de la tutelle et de la garde, si ce n'est que les partisans de la compétence des cours supérieures ne peuvent démontrer l'existence historique d'aucune compétence exclusive en matière de tutelle ou de garde assimilable à celle proposée dans la loi soumise à cette Cour en l'espèce.

Avec tout cela à l'esprit, nous en venons aux dispositions de la *Family Relations Act*, précitée, relatives à la tutelle et à la garde. Elles se lisent respectivement comme suit:

[TRADUCTION] 25. (1) Le tuteur est tuteur à la fois à la personne et aux biens de l'enfant.

(2) Sous réserve de la présente loi, le tuteur aux biens d'un enfant détient tous les pouvoirs sur les biens de l'enfant qu'un tuteur, nommé par testament ou autrement, possédait en Angleterre le 19 mai 1917 en vertu des lois 12, Charles II, chapitre 24, de même que 49 et 50 Victoria, chapitre 27, article 4.

(3) Subject to this Act, a guardian of the person of a child has all powers over the person of the child as a guardian appointed by will or otherwise had on May 19, 1917 in England under Acts 12, Charles the Second, chapter 24, and 49 and 50 Victoria, chapter 27, section 4.

35.(1) On application a court may order that one or more persons may exercise custody over a child or have access to the child.

(2) An order for access may be made whether or not a custody order is made.

(3) Where a person has not received notice of a proceeding or has not been given opportunity to be heard in the proceeding, custody shall not be granted to that person.

(4) An order for custody or access may include terms and conditions the court considers necessary and reasonable in the best interests of the child.

By sections 25 and 35 the "court" is authorized to appoint guardians and to make custody and access orders, respectively.

There is of course no contest as to the constitutionality of these provisions. The jurisdictional provisions in the statute are:

#### Supreme Court jurisdiction

5. (1) The Supreme Court continues, subject to the *Divorce Act* (Canada), to have jurisdiction in all matters concerning the custody of, access to and guardianship of children, dissolution of marriage, nullity of marriage, judicial separation, alimony and maintenance.

(2) The Supreme Court has jurisdiction in all matters under this Act.

(3) Nothing in this Act shall be construed as limiting or restricting the inherent jurisdiction of the Supreme Court to act in a *parens patriae* capacity respecting a child before the court.

#### Provincial Court jurisdiction

6. (1) The Provincial Court has jurisdiction in all matters under this Act, except Part 3, respecting

- (a) guardianship of the person of a child;
- (b) custody of or access to a child;

(3) Sous réserve de la présente loi, le tuteur à la personne d'un enfant détient tous les pouvoirs sur la personne de l'enfant qu'un tuteur, nommé par testament ou autrement, possédait en Angleterre le 19 mai 1917 en vertu des lois 12, Charles II, chapitre 24, de même que 49 et 50 Victoria, chapitre 27, article 4.

35. (1) Une cour peut, sur demande, ordonner qu'une seule ou plusieurs personnes aient la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite.

(2) Le droit de visite peut être accordé par voie d'ordonnance même s'il n'y a pas eu ordonnance de garde.

(3) La garde ne sera pas accordée à une personne à qui n'a pas été signifiée la procédure ou qui n'a pas eu la possibilité de se faire entendre.

(4) L'ordonnance de garde ou le droit de visite peuvent être assortis des modalités que la cour estime nécessaires et raisonnables pour le plus grand avantage de l'enfant.

Les articles 25 et 35 autorisent respectivement la «cour» à nommer des tuteurs et à rendre des ordonnances en matière de garde et de droit de visite.

Il va de soi que la constitutionnalité de ces dispositions n'est nullement contestée. Voici les dispositions attributives de compétence de la loi:

#### Compétence de la Cour suprême

[TRADUCTION] 5. (1) Sous réserve de la *Loi sur le divorce* (Canada), la Cour suprême continue d'avoir compétence sur toutes les questions relatives à la garde d'enfants, au droit de leur rendre visite et à leur tutelle, à la dissolution du mariage, à la nullité du mariage, à la séparation de corps et à la pension alimentaire.

(2) La Cour suprême a compétence sur toutes les questions relevant de la présente loi.

(3) Rien dans la présente loi ne doit être interprété comme limitant ou restreignant la compétence inhérente de la Cour suprême d'agir à titre de *parens patriae* relativement à un enfant devant la cour.

#### Compétence de la Cour provinciale

[TRADUCTION] 6. (1) La Cour provinciale a compétence sur toutes les questions relevant de la présente loi, à l'exception de la Partie 3, concernant

- a) la tutelle à la personne d'un enfant;
- b) la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite;

- (c) maintenance, including the enforcement of maintenance orders;
- (d) occupancy of the family residence and the use of its contents; and
- (e) the making of orders that a person shall not enter premises while they are occupied by a spouse, parent or child.

(2) Nothing in this Act gives the Provincial Court the inherent jurisdiction described in section 5 (3).

By section 1 “‘court’ means the Provincial Court exercising the jurisdiction referred to in section 6, or the Supreme Court”.

In the result, therefore, the statute creates a concurrent jurisdiction in respect of guardianship and custody.

Provincial Court process is extended to those who will avail themselves of it while s. 5 of the Act preserves the option in parties of referring such matters to the superior court, should the parties prefer that vehicle. Furthermore s. 5(3) provides that nothing in the Act shall limit or restrict the inherent *parens patriae* jurisdiction of the Supreme Court.

The history of constitutional development in our courts has been a gradually increasing recognition of the constitutional capacity of the provinces to institute programs within their constitutional spheres which entail the establishment of administrative tribunals or which utilize the facilities of the provincially organized and appointed courts. This development could not be considered surprising bearing in mind the vast transformation of the Canadian community in every respect since 1867. The role of government at large has increased in the community, and the financial resources available to the government at both levels have made possible the implementation of social programs never contemplated by the draftsmen of the *British North America Act*. To meet the growing responsibilities of the federal and provincial governments the flexibility of the Constitution has been manifest in many areas. Section 96 is perhaps one of the most important illustrations. Its purpose and role in the Constitution is in no way jeopardized by the increasing recognition of the implementation of valid provincial programs through

- c) l'entretien, y compris l'exécution d'ordonnances de pension alimentaire;
- d) l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve; et
- e) les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans des lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe.

(2) Rien dans la présente loi ne confère à la Cour provinciale la compétence inhérente décrite au paragraphe 5(3).

Aux termes de l'art. 1, [TRADUCTION] «cour» s'entend de la Cour suprême ou de la Cour provinciale qui exerce la compétence visée à l'article 6».

En définitive, la loi crée donc une compétence concurrente en matière de tutelle et de garde.

Les personnes qui veulent s'en prévaloir ont accès aux procédures de la Cour provinciale, mais l'art. 5 de la Loi préserve le choix qu'ont les parties, si elles le jugent préférable, de saisir une cour supérieure de ces questions. De plus, aux termes du par. 5(3), rien dans la Loi ne doit limiter ou restreindre la compétence de *parens patriae* inhérente à la Cour suprême.

Sur le plan constitutionnel, l'évolution historique de nos cours tend vers une reconnaissance graduelle du pouvoir constitutionnel des provinces d'instituer, en respectant le cadre que leur impose la Constitution, des programmes qui comportent l'établissement de tribunaux administratifs ou qui font appel aux services des cours constituées par la province et dont les membres sont nommés par cette dernière. Cette évolution n'est guère surprenante vu la transformation radicale de la collectivité canadienne à tous les égards depuis 1867. Le gouvernement en général joue un rôle plus important au sein de la collectivité et les ressources financières dont disposent les deux ordres de gouvernement ont rendu possible la mise en œuvre de programmes sociaux que les rédacteurs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'ont jamais envisagés. La souplesse de la Constitution qui permet aux gouvernements fédéral et provinciaux d'assumer leurs responsabilités accrues se manifeste dans un bon nombre de domaines. L'article 96 en est peut-être l'un des exemples les plus importants. La reconnaissance accrue accordée à

provincial administrative and judicial agencies. This will continue to be the case so long as that which is assigned to the provincial body does not have the effect in substance of conferring on that body a judicial function which “broadly conform[s] to the type of jurisdiction exercised by the superior, district or county courts” (*John East, supra*, at p. 154). In the field of family relations we have seen the adoption processes administered through the summary procedure courts. The consequences of adoption in the life of the child and in his former and new family are of the utmost significance. Indeed, any other mechanisms for change of status are of much lesser significance. In light of the assignment of adoption to inferior courts, it is natural to find as illustrated above a practice in legal history of according powers to the summary tribunals in related but less significant fields in family relations such as guardianship and custody. Indeed, in essence, guardianship and custody are subsumed by adoption in the classification of family relations. It is therefore not surprising to find an increasing legislative practice of assigning the resolution of problems in these areas to the expeditious and highly accessible summary procedures in the provincially organized and appointed courts.

The question as submitted by the Lieutenant Governor in Council under the British Columbia *Constitutional Questions Determination Act* was:

Are paragraphs (a), (b), (d) and (e) of subsection (1) of Section 6 of the *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, c. 20, as amended, or any of them, *ultra vires* the Legislature of the Province of British Columbia?

For the reasons given above I would answer the question so framed with reference to s. 6(1) subparas. (a) and (b) in the negative.

la mise en œuvre de programmes provinciaux valides par le biais d’organismes administratifs et judiciaires provinciaux ne compromet nullement l’objet ni le rôle de cet article dans la Constitution. Il en sera ainsi tant que l’attribution de compétence à l’organisme provincial n’aura pas essentiellement pour effet de conférer à cet organisme une fonction judiciaire qui «correspond . . . d’une manière générale au type de compétence qu’exercent les cours supérieures, de district ou de comté» (arrêt *John East*, précité, à la p. 154). Au chapitre des relations familiales, nous avons constaté que les procédures d’adoption sont administrées par les cours de procédure sommaire. L’adoption a des conséquences de la plus grande importance sur la vie de l’enfant et sur celle de son ancienne et de sa nouvelle famille. En vérité, tous les autres mécanismes de changement d’état civil sont beaucoup moins importants. Etant donné l’attribution de compétence en matière d’adoption aux cours inférieures, il est naturel de découvrir dans l’histoire juridique, comme je l’ai déjà illustré, une pratique qui consiste à accorder aux tribunaux de juridiction sommaire des pouvoirs dans des sphères connexes mais moins importantes des relations familiales telles que la tutelle et la garde. En fait, dans la classification des relations familiales, la tutelle et la garde sont à toutes fins utiles subsumées sous l’adoption. Il n’est donc pas surprenant de constater une pratique législative de plus en plus répandue qui consiste à confier la résolution de problèmes dans ces domaines aux cours constituées par les provinces, dont les membres sont nommés par ces dernières et dont les procédures sont à la fois expéditives et très accessibles.

La question soumise par le lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de la *Constitutional Questions Determination Act* de la Colombie-Britannique est la suivante:

[TRADUCTION] Les alinéas a), b), d) et e) du paragraphe (1) de l’article 6 de la *Family Relations Act*, S.B.C. 1978, chap. 20 et modifications, sont-ils *ultra vires* de la législature de la province de la Colombie-Britannique?

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de répondre par la négative à la question ainsi formulée en ce qui concerne les al. 6(1)a) et b).

The question as framed in this Court by the Chief Justice was:

Is it within the legislative authority of the Province of British Columbia to confer jurisdiction on the Provincial Court (the Judges of which are not appointed by the Governor General) respecting the matters set out in Paragraphs (a), (b), (d) and (e) of subsection (1) of Section 6 of the "Family Relations Act", Statutes of British Columbia 1978, Chapter 20, as amended, (now Revised Statutes of British Columbia 1979, Chapter 121) namely:

- (a) guardianship of the person of the child;
- (b) custody of or access to a child;
- (d) occupancy of the family residence and the use of its contents; and
- (e) the making of orders that a person shall not enter premises while they are occupied by a spouse, parent or child.

I would answer the question when so framed in the affirmative with reference to s. 6(1) subparas. (a) and (b).

*Appeal allowed in part, LASKIN C.J. and RITCHIE J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitor appointed by the Court to represent argument opposed to the validity of the legislation: Donald S. Moir, Vancouver.*

La question formulée par le Juge en chef en cette Cour est la suivante:

La province de la Colombie-Britannique a-t-elle le pouvoir législatif d'attribuer à la Cour provinciale (dont les juges ne sont pas nommés par le Gouverneur général) compétence sur les matières énumérées aux alinéas a), b), d) et e) du paragraphe (1) de l'article 6 de la «Family Relations Act», S.B.C. 1978, chap. 20 et modifications, (maintenant R.S.B.C. 1979, chap. 121), savoir:

- a) la tutelle à la personne d'un enfant;
- b) la garde d'un enfant ou le droit de lui rendre visite;
- d) l'occupation de la résidence familiale et l'utilisation de ce qui s'y trouve; et
- e) les ordonnances interdisant à une personne d'entrer dans des lieux alors que son conjoint, l'un de ses parents ou l'un de ses enfants les occupe.

Je suis d'avis de répondre affirmativement à la question ainsi formulée en ce qui concerne les alinéas 6(1)a) et b).

*Pourvoi accueilli en partie, le juge en chef LASKIN et le juge RITCHIE étant dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appelant: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureur nommé par la Cour pour plaider la non-validité de la loi: Donald S. Moir, Vancouver.*

**Patrick Moore** (*Third Defendant*) *Appellant*;

and

**Morrissey Johnson** (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

**Gordon W. Seabright and Arthur E. Cramm**  
(*First Defendants*) *Respondents*;

and

**The Attorney General for the Province of  
Newfoundland** (*Second Defendant*)  
*Respondent*;

and

**The Attorney General of Canada** (*Intervener*).

and between

**Patrick Moore** (*Respondent*) *Appellant*;

and

**Ulf Snarby, John Lundrigan and James  
Gillett** (*Respondents*) *Respondents*.

File No.: 15971.

1981: October 7; 1982: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND

*Constitutional law — Newfoundland Terms of Union — Continuing pre-Confederation Newfoundland legislation in federal sphere — Federal regulation in force — Prosecution pursuant to provincial Act — Whether or not provincial Act made ineffective by federal legislation — British North America Act, 1949, R.S.C. 1970, Appendix II, Terms 3, 18(1),(2) — The Seal Fishery Act, R.S.Nfld. 1970, c. 347, s. 15 — Seal Protection Regulations, SOR/66-235, as amended, s. 24.*

This was an appeal from the Newfoundland Court of Appeal's dismissal of appeals from orders for the issuance of writs of prohibition directed to certain provincial court magistrates prohibiting the prosecution of

**Patrick Moore** (*Troisième défendeur*)  
*Appelant*;

et

<sup>a</sup> **Morrissey Johnson** (*Demandeur*) *Intimé*;

et

<sup>b</sup> **Gordon W. Seabright et Arthur E. Cramm**  
(*Premiers défendeurs*) *Intimés*;

et

<sup>c</sup> **Le procureur général de la province de  
Terre-Neuve** (*Deuxième défendeur*) *Intimé*;

et

<sup>d</sup> **Le procureur général du Canada**  
(*Intervenant*).

et entre

**Patrick Moore** (*Intimé*) *Appelant*;

et

<sup>e</sup> **Ulf Snarby, John Lundrigan et James  
Gillett** (*Intimés*) *Intimés*.

N° du greffe: 15971.

<sup>f</sup> 1981: 7 octobre; 1982: 26 janvier.

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

<sup>g</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Droit constitutionnel — Conditions de l'Union de Terre-Neuve — Subsistance d'une loi de Terre-Neuve antérieure à la Confédération dans un domaine de compétence fédérale — Règlement fédéral en vigueur — Poursuite en vertu de la Loi provinciale — La loi fédérale a-t-elle privé d'effet la loi provinciale? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949, S.R.C. 1970, Appendice II, clauses 3, 18(1),(2) — The Seal Fishery Act, R.S.Nfld. 1970, chap. 347, art. 15 — Règlement sur la protection des phoques, DORS/66-235, modifié, art. 24.*

Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre du rejet, par la Cour d'appel de Terre-Neuve, des appels formés à l'encontre de la délivrance de brefs de prohibition pour interdire à certains magistrats de la cour provinciale de poursuivre

respondents from breaches of s. 15 of *The Seal Fishery Act*, (a pre-Confederation Newfoundland statute), on the ground that the provincial courts were without jurisdiction justifying the prosecutions. At issue was whether or not s. 15 of *The Seal Fishery Act* had been repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada, acting according to its exclusive legislative authority over "Sea Coast and Inland Fisheries" and s. 18(1) of the *B.N.A. Act, 1949*, by making Regulation 24 of the *Seal Protection Regulations*.

*Held*: The appeal should be dismissed.

Section 15 of *The Seal Fishery Act* is not within Newfoundland's legislative authority under s. 92 of the *B.N.A. Act*. While some sections of the Act could be construed as being primarily directed towards the regulation of a trade or calling, the Act generally, and s. 15 regulating the killing of seals, fell within Parliament's exclusive legislative competence under s. 91(12) of the *B.N.A. Act*—Sea Coast and Inland Fisheries. Regulation 24 of the *Seal Protection Regulations* expressed the particular law under consideration, and, while not expressly repealing s. 15 of *The Seal Fishery Act*, altered it so as to make it ineffective as part of the pre-Confederation law of Newfoundland continuing in force pursuant to s. 18(1) of the *B.N.A. Act, 1949*.

*Re Bowater's Newfoundland Pulp and Paper Mills, Limited*, [1950] S.C.R. 608, referred to.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1979), 107 D.L.R. (3d) 749, 24 Nfld. & P.E.I.R. 227, 65 A.P.R. 227, dismissing appeals from orders for the issuance of writs of prohibition directed to certain provincial court magistrates prohibiting the prosecution of respondents. Appeal dismissed.

*Thomas G. Heintzman, Q.C.*, for the appellant.

*Philip J. Lewis, Q.C.*, and *John R. Sinnott*, for the respondent Morrissey Johnson.

*Edward Roberts, Q.C.*, and *James Oakley*, for the respondents Ulf Snarby, John Lundrigan and James Gillett.

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

*W. I. C. Binnie, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

les intimés pour des infractions à l'art. 15 de *The Seal Fishery Act*, (une loi de Terre-Neuve antérieure à la Confédération), pour le motif que les cours provinciales n'ont pas compétence pour instruire ces poursuites. Il s'agit de savoir si l'art. 15 de *The Seal Fishery Act* a été abrogé, aboli ou modifié par le Parlement du Canada qui, conformément à sa compétence législative exclusive sur «Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» et au par. 18(1) de l'*A.A.N.B., 1949*, a adopté l'art. 24 du *Règlement sur la protection des phoques*.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

La province de Terre-Neuve n'a pas la compétence d'adopter l'art. 15 de *The Seal Fishery Act* en vertu de l'art. 92 de l'*A.A.N.B.* Bien que certains articles de la Loi puissent être interprétés comme visant d'abord la réglementation d'un métier ou d'une profession, la loi en général et l'art. 15 relatif à l'abattage des phoques relèvent de la compétence législative exclusive du Parlement en vertu du par. 91(12) de l'*A.A.N.B.*, «Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur». L'article 24 du *Règlement sur la protection des phoques* énonce la loi précisément en cause en l'espèce et, bien qu'il n'abroge pas de façon expresse l'art. 15 de *The Seal Fishery Act*, il le modifie au point de le priver d'effet en tant que loi de Terre-Neuve antérieure à la Confédération, maintenue en vigueur conformément au par. 18(1) de l'*A.A.N.B., 1949*.

Jurisprudence: *Re Bowater's Newfoundland Pulp and Paper Mills, Limited*, [1950] R.C.S. 608.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1979), 107 D.L.R. (3d) 749, 24 Nfld. & P.E.I.R. 227, 65 A.P.R. 227, rejetant les appels de la délivrance de brefs de prohibition pour interdire à certains magistrats de la cour provinciale de poursuivre les intimés. Pourvoi rejeté.

*Thomas G. Heintzman, c.r.*, pour l'appellant.

*Philip J. Lewis, c.r.*, et *John R. Sinnott*, pour l'intimé Morrissey Johnson.

*Edward Roberts, c.r.*, et *James Oakley*, pour les intimés Ulf Snarby, John Lundrigan et James Gillett.

*James A. Nesbitt, c.r.*, pour l'intimé le procureur général de Terre-Neuve.

*W. I. C. Binnie, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought by leave of this Court from a judgment of the Court of Appeal of Newfoundland dismissing the appeals asserted from orders granted by Mahoney J. of the Trial Division of that province whereby he had ordered that writs of prohibition should issue directed to certain magistrates of the provincial court prohibiting the prosecution of the respondents herein for breaches of s. 15 of *The Seal Fishery Act*, R.S.Nfld. 1970, c. 347, on the ground that there was no jurisdiction in the provincial courts to justify such prosecutions.

The information in question alleged of the respondents:

(1) That they, on or about the 12th day of March 1978 at approximately 50 miles north of Cartwright, Labrador, in this Province, did kill seals on a Sunday, contrary to Section 15 of the Seal Fishery Act, Chapter 347, R.S.N. 1970 and;

(2) That they (other than the respondent Lundrigan) between the 5th day of March A.D., 1978, and the 15th day of April A.D., 1978 did bring into the Port of Dildo, Province of Newfoundland, seals killed on Sunday the 12th day of March A.D. 1978, contrary to Section 15 of the Seal Fishery Act, Chapter 347, Revised Statutes of Newfoundland and amendments thereto.

It is the question of the effect, if any to be given to the said s. 15 which lies at the heart of this appeal and that section reads as follows:

15. No seals shall be killed by the crew of any steamer or sailing vessel, or by any member thereof, on any Sunday (that is to say from twelve o'clock on Saturday night until twelve o'clock on Sunday night), in any year, nor shall seals, so killed, be brought into any port in this province in any year under a penalty of two thousand dollars, to be recovered in a summary manner by any person who shall sue for the same before a stipendiary magistrate, from the master or such of the crew of the said steamer or sailing vessel as have violated the provisions of this section.

This section had been a part of the law of Newfoundland since its enactment as s. 16 of chapter 162 of the *Consolidated Statutes of Newfoundland* in 1916 and was accordingly in force at the time when the Terms of Union of Newfound-

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve qui a rejeté les appels formés contre des ordonnances accordées par le juge Mahoney de la Division de première instance de cette province. Il y ordonnait que la délivrance de brevets de prohibition pour interdire à certains magistrats de la cour provinciale de poursuivre les intimés en l'espèce pour des infractions à l'art. 15 de *The Seal Fishery Act*, R.S.Nfld. 1970, chap. 347, pour le motif que les cours provinciales n'ont pas compétence pour instruire ces poursuites.

La dénonciation en question impute ce qui suit aux intimés

[TRADUCTION] (1) Qu'ils ont, le 12 mars 1978 ou vers cette date, à environ 50 milles au nord de Cartwright, au Labrador, dans cette province, tué des phoques le dimanche, en contravention à l'article 15 de *The Seal Fishery Act*, chap. 347, R.S.Nfld. 1970, et

(2) Qu'ils ont (sauf l'intimé Lundrigan), entre le 5 mars 1978 et le 15 avril 1978, fait entrer au port de Dildo, province de Terre-Neuve, des phoques tués le dimanche 12 mars 1978, en contravention à l'article 15 de *The Seal Fishery Act*, chap. 347, *Revised Statutes of Newfoundland* et modifications.

La question principale du présent pourvoi porte sur l'effet qu'il faut donner, s'il y a lieu, à cet art. 15 qui se lit comme suit:

15. Il est interdit à l'équipage d'un navire à vapeur ou à voiles, ou à un membre de l'équipage, de tuer des phoques le dimanche (c'est-à-dire entre minuit le samedi soir et minuit le dimanche soir) de quelque année que ce soit, et il est interdit de faire entrer des phoques tués le dimanche de quelque année que ce soit dans un port de cette province sous peine d'une amende de deux mille dollars recouvrable de manière sommaire du capitaine ou du membre de l'équipage de ce navire à vapeur ou à voiles qui a enfreint les dispositions du présent article, par quiconque le poursuit devant un magistrat stipendiaire.

Cet article fait partie du droit de Terre-Neuve depuis son adoption en tant qu'article 16 du chapitre 162 des *Consolidated Statutes of Newfoundland* en 1916 et il était par conséquent en vigueur au moment où les Conditions de l'Union entre



land and Canada were given the force of law by the *British North America Act, 1949*, which provided, *inter alia*, by Terms 3, 18(1) and 18(2) as follows:

3. The British North America Acts, 1867 to 1946, shall apply to the Province of Newfoundland in the same way, and to the like extent as they apply to the provinces heretofore comprised in Canada, as if the Province of Newfoundland had been one of the provinces originally united, except in so far as varied by these Terms and except such provisions as are in terms made or by reasonable intendment may be held to be specially applicable to or only to affect one or more and not all of the provinces originally united.

18. (1) Subject to these Terms, all laws in force in Newfoundland at or immediately prior to the date of Union shall continue therein as if the Union had not been made, *subject nevertheless to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada or by the Legislature of the Province of Newfoundland according to the authority of the Parliament or of the Legislature under the British North America Acts, 1867 to 1946, and all orders, rules, and regulations made under any such laws shall likewise continue, subject to be revoked or amended by the body or person that has power to make such orders, rules, or regulations after the date of Union, according to their respective authority under the British North America Acts, 1867 to 1946.* [The italics are my own.]

(2) Statutes of the Parliament of Canada in force at the date of Union, or any part thereof, shall come into force in the Province of Newfoundland on a day or days to be fixed by Act of the Parliament of Canada or by proclamation of the Governor-General in Council issued from time to time, and any such proclamation may provide for the repeal of any of the laws of Newfoundland that

- (a) are of general application;
- (b) relate to the same subject-matter as the statute or part thereof so proclaimed; and
- (c) could be repealed by the Parliament of Canada under paragraph one of this Term.

It was contended on behalf of the respondents that the said s. 15 ceased to have any force and effect in the Province of Newfoundland at least

Terre-Neuve et le Canada sont entrées en vigueur en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949*, qui prévoit notamment aux termes des clauses 3, 18(1) et 18(2), ce qui suit:

<sup>a</sup> 3. Les Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946, s'appliqueront à la province de Terre-Neuve de la même façon et dans la même mesure qu'ils s'appliquent aux provinces comprises jusqu'ici dans le Canada, comme si la province de Terre-Neuve avait été <sup>b</sup> l'une des provinces primitivement unies, sauf les dérogations apportées par les présentes clauses et excepté les dispositions qui sont, de façon expresse, ou qui peuvent être, selon une interprétation raisonnable, spécialement applicables ou destinées à s'appliquer seulement à une <sup>c</sup> ou quelques provinces primitivement unies, mais non à toutes ces dernières.

18. (1) Sous réserve des présentes clauses, toutes les lois en vigueur dans Terre-Neuve à la date de l'Union ou immédiatement avant ladite date y subsisteront comme <sup>d</sup> si l'Union n'avait pas eu lieu, *sauf néanmoins abrogation, abolition ou modification par le Parlement du Canada ou la Législature de la province de Terre-Neuve conformément à l'autorité du Parlement ou de la Législature, sous le régime des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946, et tous les décrets, règles et règlements d'exécution de l'une quelconque de ces lois subsisteront semblablement sous réserve de révocation ou de modification par l'organisme ou la personne qui a établi lesdits décrets, règles ou règlements, ou par <sup>e</sup> l'organisme ou la personne qui a le pouvoir d'établir lesdits décrets, règles ou règlements après la date de l'Union, conformément à leur autorité respective prévue par les Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946.* [Les italiques sont de moi.]

<sup>g</sup> (2) Les lois du Parlement du Canada en vigueur à la date de l'Union, ou toute partie de ces lois, deviendront exécutoires dans la province de Terre-Neuve le jour ou les jours que fixera une loi du Parlement du Canada ou une proclamation émise, à l'occasion, par le gouverneur <sup>h</sup> général en conseil, et toute pareille proclamation pourra décréter l'abrogation de l'une quelconque des lois de Terre-Neuve qui

- <sup>a</sup> sont d'application générale;
- <sup>b</sup> se rapportent au même sujet que la loi ou partie de loi ainsi proclamée; et
- <sup>i</sup> <sup>c</sup> pourraient être abrogées par le Parlement du Canada en vertu du premier paragraphe de la présente clause.

<sup>j</sup> On a fait valoir au nom des intimés que l'art. 15 précité a cessé d'être en vigueur et de s'appliquer dans la province de Terre-Neuve au moins depuis

since the enactment of the *Seal Protection Regulations* (P.C. 1966-904) made under the authority of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, which was not brought into effect itself in Newfoundland until the proclamation of May 1, 1958 made pursuant to s. 18(2) of the *British North America Act, 1949* (see SOR/58-189).

This contention was supported on the assumption that Regulation 24 of the *Seal Protection Regulations* having been made under *The Fisheries Act* by P.C. 1966-904 [SOR/66-235, as amended] was to be treated as part of an Act of the Parliament of Canada and that it had the effect of altering the terms of s. 15 of *The Seal Fishery Act* in such fashion as to make that section ineffective. It will be seen that this last contention is also founded upon the provisions of s. 18 of the Terms of Union and that it depends upon the acceptance of the proposition that the *Seal Protection Regulations*, and particularly s. 24 thereof, were validly enacted in the exercise of the legislative authority accorded to the Parliament of Canada over the subject of Sea Coast and Inland Fisheries by s. 91(12) of the *British North America Act*.

Regulation 24 of the *Seal Protection Regulations*, at all times relevant hereto, read as follows:

24. No person shall hunt for or kill a seal during any day

(a) in the Gulf Area, during any period before 0600 hours or after 1800 hours, Atlantic Standard Time; or

(b) in the Front Area,

(i) during the period from March 10 to March 31 inclusive before 05:30 hours or after 18:30 hours, Newfoundland Standard Time, or

(ii) during the period from April 1 to April 24 inclusive, before 0530 hours or after 2030 hours, Newfoundland Standard Time.

It has not been suggested that the area referred to in the charges herein was other than within the sea coast of Newfoundland and I am satisfied that the areas specified in Regulation 24 cover the location where the offences are alleged to have taken place.

l'adoption du *Règlement sur la protection des phoques* (C.P. 1966-904) établi en application de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, qui n'est elle-même entrée en vigueur à Terre-Neuve qu'à compter de la proclamation du 1<sup>er</sup> mai 1958, conformément au par. 18(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949* (voir DORS/58-189).

Cet argument s'appuie sur l'hypothèse que l'art. 24 du *Règlement sur la protection des phoques* établi en application de la *Loi sur les pêcheries* par C.P. 1966-904 [DORS/66-235 et modifications] doit être considéré comme faisant partie d'une loi du Parlement du Canada et qu'il a pour effet de modifier les termes de l'art. 15 de *The Seal Fishery Act* en le privant d'effet. On verra que ce dernier argument s'appuie en outre sur les dispositions de l'art. 18 des Conditions de l'Union et qu'il repose sur l'acceptation de la proposition que le *Règlement sur la protection des phoques*, et en particulier son art. 24, a été validement adopté dans l'exercice de la compétence législative que le par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* accorde au Parlement du Canada sur les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur.

L'article 24 du *Règlement sur la protection des phoques*, applicable pendant toute l'époque en cause, se lit comme suit:

24. Il est interdit de chasser ou de tuer un phoque, au cours de n'importe quel jour,

a) dans la région du Golfe, avant 6 heures ou après 18 heures, heure normale de l'Atlantique; ou

b) dans la région du Front,

(i) du 10 au 31 mars inclusivement, avant 5 heures et demi (sic) ou après 18 heures et demi (sic), heure normale de Terre-Neuve, ou

(ii) du 1<sup>er</sup> au 24 avril inclusivement, avant 5 heures et demie ou après 20 heures et demie, heure normale de Terre-Neuve.

On n'a pas prétendu que la région mentionnée dans les accusations en l'espèce était une région autre que la zone côtière de Terre-Neuve et je suis convaincu que l'endroit où les infractions auraient été commises se trouve dans les régions précisées à l'art. 24 du *Règlement*.

In the course of his reasons for judgment in the Trial Division, Mr. Justice Mahoney reproduced the said s. 15 and Regulation 24 side by side, and I agree with his conclusion that if it is accepted that the *Seal Protection Regulations* (SOR/49-417, R.R.C. c. 833) became part of the law of Newfoundland at and after the bringing into force of the *Fisheries Act* in Newfoundland by royal proclamation on May 1, 1958, there can be no doubt that a conflict exists between Regulation 24 of those Regulations and s. 15 of *The Seal Fishery Act* of Newfoundland and it is the question of which enactment is to take priority in relation to the protection of seals which really lies at the heart of this appeal.

Having regard to the provisions of s. 18(1) of the *British North America Act*, it must, I think, be accepted that s. 15 of *The Seal Fishery Act* of Newfoundland was a part of the "laws in force in Newfoundland at or immediately prior to the date of Union" and it continued as such subject nevertheless to being repealed, abolished or altered by the Parliament of Canada according to the exclusive legislative authority over "Sea Coast and Inland Fisheries" assigned to Parliament under s. 91(12) of the *British North America Acts* 1867 to 1946.

The "authority" referred to in Term 18(1) is described by Rinfret C.J. in *Re Bowater's Newfoundland Pulp and Paper Mills, Limited*, [1950] S.C.R. 608 at p. 620 as giving

... jurisdiction on the respective subject-matters enumerated in Sections 91 and 92 of the *British North America Act*, that is to say, that by force of Term 18(1) the Parliament of Canada is thereby given the authority to repeal, abolish or alter any and all laws in force in Newfoundland at or immediately prior to the date of union, which deal with the subject-matters in Section 91, and the Legislature of the Province of Newfoundland is given authority to repeal, abolish or alter all laws in force in Newfoundland at or immediately prior to the date of union which deal with the subject-matters in Section 92 of the Act.

It is however contended on behalf of the appellant that *The Seal Fishery Act* as re-enacted by R.S.Nfld. 1970, c. 34, never ceased to be in force

Dans les motifs de son jugement en Division de première instance, le juge Mahoney a reproduit côte à côte l'art. 15 précité et l'art. 24 du Règlement, et je souscris à sa conclusion que si l'on accepte que le *Règlement sur la protection des phoques* (DORS/49-417, C.R.C. chap. 833) est devenue partie de la loi de Terre-Neuve au moment de l'entrée en vigueur de la *Loi sur les pêcheries* à Terre-Neuve par la proclamation royale du 1<sup>er</sup> mai 1958, il est indéniable qu'il y a un conflit entre l'art. 24 du Règlement et l'art. 15 de *The Seal Fishery Act* de Terre-Neuve, et que la question de savoir quel texte l'emporte relativement à la protection des phoques est la véritable question à résoudre en l'espèce.

Compte tenu des dispositions du par. 18(1) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, j'estime qu'il faut accepter que l'art. 15 de *The Seal Fishery Act* de Terre-Neuve faisait partie des «lois en vigueur dans Terre-Neuve à la date de l'Union ou immédiatement avant ladite date» et y a subsisté comme tel sous réserve toutefois d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada conformément à la compétence législative exclusive que le par. 91(12) des *Actes de l'Amérique du Nord britannique*, 1867 à 1946, lui attribue sur «Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur».

Dans *Re Bowater's Newfoundland Pulp and Paper Mills, Limited*, [1950] R.C.S. 608, à la p. 620, le juge en chef Rinfret décrit «l'autorité» dont il est question à la clause 18(1) comme ayant

[TRADUCTION] ... compétence à l'égard des sujets respectifs énumérés aux articles 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, c'est-à-dire que la clause 18(1) confère au Parlement du Canada le pouvoir d'abroger, d'abolir ou de modifier une ou toutes les lois en vigueur à Terre-Neuve à la date de l'Union ou immédiatement avant et qui traitent des sujets énumérés à l'article 91, et que ladite condition 18(1) confère à la Législature de la province de Terre-Neuve le pouvoir d'abroger, d'abolir ou de modifier toutes les lois qui étaient en vigueur à Terre-Neuve à la date de l'Union ou immédiatement avant et qui traitent des sujets énumérés à l'article 92 de l'Acte.

On fait cependant valoir au nom de l'appelant que *The Seal Fishery Act*, adopté de nouveau a R.S.Nfld. 1970, chap. 34, n'a jamais cessé d'être

in Newfoundland and that its provisions were not at any time subject to "repeal, abolition or alteration" by regulations passed by the Governor General of Canada under the authority of the *Fisheries Act*.

As I have indicated, the provisions of s. 18 of the *British North America Act* in my opinion constitute clear authority empowering the Parliament of Canada to repeal, alter or abolish pre-Confederation laws of Newfoundland such as *The Seal Fishery Act* in so far as those laws relate to matters over which Parliament is accorded "authority under the *British North America Acts* 1867 to 1946" which undoubtedly include "Sea Coast and Inland Fisheries" by virtue of s. 91(12) of the Act.

As I have pointed out, the area where the offences herein are alleged to have occurred is within the sea coast of Newfoundland and as such was subject to the exclusive authority of Parliament for the reasons which I have stated. Regulation 24 of the *Seal Protection Regulations* is therefore, in my view, a part of the law which was in force in Newfoundland at the dates referred to in the charges laid against the respondents herein.

In my opinion, as was stated by Mr. Justice Gushue in the passage from his reasons to which reference is hereinafter made, subs. 18(1) did not make *The Seal Fishery Act* a part of federal legislation; it merely continued existing Newfoundland law in effect, but subject to repeal or alteration by legislation enacted by the appropriate authority, either federal or provincial depending on the subject matter. Regulation 24 of the *Seal Protection Regulations* is valid federal legislation enacted pursuant to the express statutory authority vested in the Governor in Council under s. 34 of the *Fisheries Act* which provides:

34. The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and in particular, but without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

(b) respecting the conservation and protection of fish;

en vigueur à Terre-Neuve et que ses dispositions n'ont aucunement été abrogées, abolies ou modifiées par des règlements adoptés par le gouverneur général du Canada en vertu de la *Loi sur les pêcheries*.

Comme je l'ai dit, les dispositions de l'art. 18 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* autorisent clairement, à mon avis, le Parlement du Canada à abroger, à modifier ou à abolir les lois de Terre-Neuve en vigueur avant la Confédération telle *The Seal Fishery Act*, pour autant que ces lois se rapportent à des matières sur lesquelles le Parlement a l'autorité . . . prévue par les Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946, ce qui comprend indubitablement «Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» en vertu du par. 91(12) de l'Acte.

Comme je l'ai souligné, la région dans laquelle les infractions en l'espèce auraient été commises se trouve dans la zone côtière de Terre-Neuve et relève ainsi de la compétence exclusive du Parlement pour les motifs que j'ai énoncés. L'article 24 du *Règlement sur la protection des phoques* fait donc, à mon avis, partie de la loi en vigueur à Terre-Neuve aux dates mentionnées dans les accusations portées contre les intimés en l'espèce.

A mon avis, comme l'a énoncé le juge Gushue dans l'extrait cité ci-après des motifs de son jugement, le par. 18(1) n'a pas fait entrer *The Seal Fishery Act* dans la législation fédérale; il a simplement maintenu la loi en vigueur à Terre-Neuve, sous réserve d'une abrogation ou d'une modification ultérieure par une loi adoptée par l'autorité compétente, fédérale ou provinciale selon la matière visée. L'article 24 du *Règlement sur la protection des phoques* est un texte législatif fédéral valide, adopté en application du pouvoir exprès que la loi accorde au gouverneur en conseil en vertu de l'art. 34 de la *Loi sur les pêcheries* qui dispose:

34. Le gouverneur en conseil peut édicter des règlements concernant la réalisation des objets de la présente loi et l'application de ses dispositions et, en particulier, peut, sans restreindre la généralité de ce qui précède, édicter des règlements

b) concernant la conservation et la protection du poisson;

(c) respecting the catching, loading, handling, transporting, possession and disposal of fish;

The word "fish" is defined in s. 2 of the Act as including "marine animals" and the Regulation is therefore clearly applicable to the "catching" of seals.

It was, however, also contended by the appellant that *The Seal Fishery Act* was competent provincial legislation under s. 92(13) of the *British North America Act*, (i.e. property and civil rights) and that the *Fisheries Act* of Canada is accordingly not within the legislative authority of Parliament and Regulation 24 thereof is accordingly without any application to the circumstances here disclosed.

It may be that there are some sections of *The Seal Fishery Act* which could be construed as primarily directed towards the regulation of a trade or calling, but the issue here is limited to the effect of s. 15 of that statute which is exclusively concerned with the catching and handling of fish and is therefore undoubtedly within the jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(12) of the *British North America Act*.

I do not find it necessary to explore further the constitutional effect of the transitional provisions of the Terms of Union or s. 18 of the *British North America Act*, 1949 which gave those terms the force of law in Newfoundland. In this regard I am content to adopt the views expressed by Mr. Justice Gushue in the course of his reasons for judgment in the Court of Appeal where he said:

... even if Section 15 could be termed Federal law, it is certainly not a Federal statute. Thus, the various authorities cited to support the above well-known propositions are of no assistance. More importantly, it is my view that to classify Section 15, and other such valid Newfoundland legislation which carried on after April 1, 1949, until repealed, abolished or altered, as being either Federal or Provincial legislation is a misnomer. It is Newfoundland law placed in a special (and presumably, temporary) category from the point of view of its continuing enforceability by a special provision of the *B.N.A. Act*—namely, Term 18(1). Further, in my view,

c) concernant la prise, le chargement, le débarquement, la manutention, le transport, la possession et l'écoulement du poisson;

« Selon sa définition à l'art. 2 de la Loi, le mot «poisson» comprend les «animaux marins» et le Règlement s'applique donc clairement à l'abattage des phoques.

L'appelant a cependant fait valoir en outre que *The Seal Fishery Act* était une loi provinciale valide en vertu du par. 92(13) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, (c.-à-d. propriété et droits civils), que la *Loi sur les pêcheries* du Canada excède le pouvoir législatif du Parlement et que l'art. 24 du Règlement n'a par conséquent aucune application en l'espèce.

Certains articles de *The Seal Fishery Act* pourraient peut-être être interprétés comme visant d'abord la réglementation d'un métier ou d'une profession, mais la question en litige ici est limitée à l'effet de l'art. 15 de cette loi qui concerne exclusivement la prise et la manutention du poisson et relève donc indubitablement de la compétence du Parlement du Canada en vertu du par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

J'estime qu'il n'est pas nécessaire de pousser plus loin l'examen de l'incidence constitutionnelle des dispositions transitoires des Conditions de l'Union ou de l'art. 18 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1949, qui a donné à ces conditions force de loi à Terre-Neuve. A cet égard, je fais miennes l'opinion qu'a exprimée le juge Gushue dans ses motifs du jugement en Cour d'appel:

[TRADUCTION] ... même si on peut qualifier l'article 15 de droit fédéral, ce n'est certainement pas une loi fédérale. Ainsi, la jurisprudence variée citée à l'appui des arguments bien connus cités ci-dessus n'est d'aucun secours. De plus, je suis d'avis que c'est une erreur de classer l'art. 15 et d'autres textes législatifs valides de Terre-Neuve maintenus après le 1<sup>er</sup> avril 1949 jusqu'à ce qu'ils soient abrogés, abolis ou modifiés, dans la catégorie des lois fédérales ou provinciales. C'est la loi de Terre-Neuve classée dans une catégorie particulière (et probablement temporaire) du point de vue de sa permanence en vertu d'une disposition particulière de

the only relevant consideration for this Court is that the particular law with which we are here concerned can only be dealt with by way of repeal, abolition or alteration by the Parliament of Canada and whether such occurred.

In my opinion the particular law with which we are here concerned is expressed in Regulation 24 of the *Seal Protection Regulations* and while that Regulation does not expressly repeal s. 15 of *The Seal Fishery Act*, the provisions of the former enactment so alter the provisions of the latter as to make it ineffective as part of the law of Newfoundland.

In this Court, upon application of counsel for the appellant, the Chief Justice stated the following constitutional question:

Is Section 15 of *The Seal Fishery Act* of the Province of Newfoundland, R.S. Nfld. 1970, c. 347 (formerly section 16 of *The Seal Fishery Act*, C.S. Nfld. 1916) within the legislative authority of the Province of Newfoundland under Section 92 of the *British North America Act, 1867* and if so, has it been altered or rendered ineffective by virtue of:

- (a) the bringing into force in the Province of Newfoundland of the *Fisheries Act* of Canada, R.S.C. 1952, c. 119, except for section 13 thereof, by the Proclamation of the Governor in Council dated May 5, 1958, S.O.R./58-189; and/or
- (b) the promulgation of section 24 of the *Seal Protection Regulations*, S.O.R./67-52 as amended by S.O.R./76-172, S.O.R./77-181 and S.O.R./78-167, made pursuant to the *Fisheries Act* of Canada.

It will be seen from these reasons that I would answer the first part of the question in the negative as I am of opinion that s. 15 of *The Seal Fishery Act* is confined to the regulation of the killing of seals, a matter to which the exclusive legislative authority of Parliament extends under s. 91(12) of the *British North America Act*, "Sea Coast and Inland Fisheries". In view of this answer it becomes unnecessary to deal with parts (a) and (b) of the question. It should be noted that the Attorney General of Newfoundland intervened in this appeal and accepted the conclusion reached in the Trial Division and the Court of Appeal.

*l'A.A.N.B.*, savoir la clause 18(1). En outre, à mon avis, le seul point pertinent que cette Cour doit considérer est que la loi précisément en cause ici ne peut être abrogée, abolie ou modifiée que par le Parlement du Canada, et il s'agit de savoir si elle l'a été.

A mon avis, la loi précisément en cause ici est énoncée à l'art. 24 du *Règlement sur la protection des phoques*, et bien que cet article n'abroge pas de façon expresse l'art. 15 de *The Seal Fishery Act*, les dispositions de l'art. 24 modifient les dispositions de l'art. 15 au point de les priver d'effet en tant que loi de Terre-Neuve.

En cette Cour, à la demande de l'avocat de l'appelant, le Juge en chef a énoncé la question constitutionnelle suivante:

La province de Terre-Neuve a-t-elle la compétence d'adopter l'article 15 de *The Seal Fishery Act*, R.S.Nfld. 1970, chap. 347 (autrefois l'article 16 de *The Seal Fishery Act*, C.S. T.-N. 1916) en vertu de l'article 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*?

Dans l'affirmative, s'applique-t-il toujours ou de la même façon depuis:

- a) l'entrée en vigueur dans la province de Terre-Neuve de la *Loi sur les pêcheries* du Canada, S.R.C. 1952, chap. 119, à l'exception de l'article 13, par proclamation du gouverneur en conseil en date du 5 mai 1958, DORS/58-189; et/ou
- b) la promulgation de l'article 24 du *Règlement de protection des phoques*, DORS/67-52 modifié par DORS/76-172, DORS/77-181 et DORS/78-167 et établi en vertu de la *Loi sur les pêcheries*?

Je suis d'avis de répondre non à la première partie de la question puisque j'estime que l'art. 15 de *The Seal Fishery Act* se limite à la réglementation de l'abattage des phoques, une matière comprise dans la compétence législative exclusive du Parlement en vertu du par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, «Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur». Compte tenu de cette réponse, il n'est plus nécessaire d'examiner les parties a) et b) de la question. Il faut remarquer que le procureur général de Terre-Neuve est intervenu au présent pourvoi et a accepté la conclusion adoptée en Division de première instance et en Cour d'appel.

Having regard to all the above, I would dismiss this appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Thomas G. Heintzman, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Morrissey Johnson: Lewis and Sinnott, St. John's.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Newfoundland: James A. Nesbitt, St. John's.*

*Solicitors for the respondents Snarby, Lundrigan and Gillett: Halley and Hunt, St. John's.*

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelant: Thomas G. Heintzman, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Morrissey Johnson: Lewis et Sinnott, St-Jean.*

*Procureur de l'intimé le procureur général de Terre-Neuve: James A. Nesbitt, St-Jean.*

*Procureurs des intimés Snarby, Lundrigan et Gillett: Halley et Hunt, St-Jean.*

Theo Jacobs, Edward Jacobs, Joseph Jacobs,  
Alois Jacobs, Marcel Jacobs, Frans Jacobs  
and Jacobs Farms Limited *Appellants*;

and

The Agricultural Stabilization Board  
*Respondent*.

File No.: 16112.

1981: December 8 and 9; 1982: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Administrative law — Jurisdiction — Agricultural Stabilization Board — Stabilization subsidies — Apple producers — Whether the Board had authority to fix top and bottom limits on quantities for the subsidy payments — Agricultural Stabilization Act, R.S.C. 1970, c. A-9, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 63, ss. 2(1), 2(2), 4(5), 7, 8, 8.1, 8.2, 9, 10, 11 — Apple Stabilization Regulations, SOR/76-518, ss. 4, 5, 6.*

The *Apple Stabilization Regulations* designated apples marketed in 1976 as agricultural commodities for the purposes of the *Agricultural Stabilization Act*. To achieve the maximum impact of the program on producers, the Board set eligibility limitations for subsidy to apple producers who sold more than 25,000 lbs. and less than 750,000 lbs. Appellants, large producers of apples, contested the Board's authority to set these limits. The Federal Court held that the limitations were *ultra vires* the authority of the Board but the Federal Court of Appeal allowed the Board's appeal, finding such authority implicit in the Board's power.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The *Agricultural Stabilization Act* does not introduce a marketing scheme for agricultural commodities but rather envisages positive financial assistance to producers of designated agricultural commodities without restitutionary features. The subsidies were a type of conditional grant and therefore a broad view should be taken of the powers vested in the Board as the administrator of the Act. Even if the *Apple Stabilization Regulations* did not specify either quantity ceilings or floors, the Board's duties and powers were sufficient, in the interest of a workable price stabilization program, to set

Theo Jacobs, Edward Jacobs, Joseph Jacobs,  
Alois Jacobs, Marcel Jacobs, Frans Jacobs et  
Jacobs Farms Limited *Appellants*;

*a* et

L'Office de stabilisation des prix agricoles  
*Intimé*.

N° du greffe: 16112.

*b* 1981: 8 et 9 décembre; 1982: 26 janvier.

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

*c* EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit administratif — Compétence — Office de stabilisation des prix agricoles — Subventions de stabilisation — Producteurs de pommes — L'Office a-t-il le pouvoir de fixer des limites maximales et minimales aux quantités ouvrant droit à la subvention? — Loi sur la stabilisation des prix agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-9, modifiée par 1974-75-76 (Can.), chap. 63, art. 2(1), 2(2), 4(5), 7, 8, 8.1, 8.2, 9, 10, 11 — Règlement sur la stabilisation du prix des pommes, DORS/76-518, art. 4, 5, 6.*

Le *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes* désigne les pommes commercialisées en 1976 comme produit agricole aux fins de la *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*. Pour permettre aux producteurs de jouir du bénéfice maximum du programme, l'Office a limité le droit des producteurs à la subvention à ceux qui avaient vendu plus de 25,000 livres et moins de 750,000 livres de pommes. Les appelants, des producteurs importants de pommes, ont contesté le pouvoir de l'Office de fixer ces limites. La Cour fédérale a statué que les limites sont *ultra vires* de l'Office, mais la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel formé par l'Office, concluant que celui-ci détient implicitement ce pouvoir.

*h* *Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

La *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, loin de créer un plan de commercialisation de produits agricoles, envisage une aide financière positive aux producteurs de produits agricoles désignés, sans comporter d'aspect restitutoire. Les subventions sont une espèce d'allocation conditionnelle et, tel étant le cas, il faut interpréter de façon libérale les pouvoirs conférés à l'Office en sa qualité d'administrateur de la Loi. Même si le *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes* ne précise ni plafonds ni planchers quantitatifs, si l'on tient compte de la nature de la Loi, du pouvoir adminis-



quantity limits for the subsidy payments considering the nature of the legislation, the Board's administrative authority to take the necessary action to stabilize the prices of agricultural commodities and the absence of any preclusion in the Act when the Governor in Council has not dealt with quantities.

*British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1980), 110 D.L.R. (3d) 727, 34 N.R. 325, [1980] 2 F.C. 754, setting aside the judgment of the Trial Division, [1979] 2 F.C. 840. Appeal dismissed.

*Burton H. Kellock, Q.C.*, and *Kathryn N. Feldman*, for the appellants.

*Derek Aylen, Q.C.*, and *Arnold S. Fradkin*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal setting aside a judgment of Mahoney J. in the appellant's favour and dismissing its action for a declaration of its entitlement to subsidy and for mandamus to the respondent Board to requisition from the Minister of Finance payment to the appellant company of the balance of its alleged subsidy entitlement. Although an issue arose in the courts below as to the appropriateness of mandamus, counsel for the respondent Board conceded that the relief sought against the Board could be obtained through a declaration, and hence the question of the proper remedy, if the appellant should succeed in this appeal, became unimportant.

The substantive matters before this Court arise under the *Agricultural Stabilization Act*, R.S.C. 1970, c. A-9, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 63 and under the *Apple Stabilization Regulations*, SOR/76-518 of August 9, 1976, promulgated by the Governor in Council under s. 11(b) of the Act. This provision authorizes the Governor in Council to make regulations "prescribing or designating anything that by this Act is to be prescribed or

tratif qu'a l'Office de prendre les mesures qui s'imposent pour stabiliser les prix des produits agricoles et de l'absence de tout empêchement dans la Loi lorsque le gouverneur en conseil n'a pas fixé de quantités, les devoirs et les pouvoirs de l'Office suffisent pour lui permettre, dans l'intérêt d'un programme efficace de stabilisation des prix, de fixer des limites aux quantités ouvrant droit à la subvention.

Jurisprudence: *British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1980), 110 D.L.R. (3d) 727, 34 N.R. 325, [1980] 2 C.F. 754, qui a infirmé le jugement de la Division de première instance, [1979] 2 C.F. 840. Pourvoi rejeté.

*Burton H. Kellock, c.r.*, et *Kathryn N. Feldman*, pour les appelants.

*Derek Aylen, c.r.*, et *Arnold S. Fradkin*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a infirmé le jugement du juge Mahoney en faveur de l'appelante. Elle a rejeté l'action déclaratoire de cette dernière quant à son droit à une subvention et un bref de *mandamus* pour enjoindre à l'Office intimé de demander au ministre des Finances de lui payer le reste de la subvention à laquelle elle prétend avoir droit. Bien qu'on ait débattu dans les cours d'instance inférieure du recours au bref de *mandamus*, l'avocat de l'Office intimé a reconnu qu'il est possible d'obtenir le redressement demandé contre l'Office au moyen d'une déclaration et que, par conséquent, la question du recours approprié, dans le cas où le pourvoi de l'appelante serait accueilli, est devenue sans importance.

A l'origine des questions de fond dont cette Cour est saisie sont la *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, S.R.C. 1970, chap. A-9, modifiée par 1974-75-76 (Can.), chap. 63, et le *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes*, DORS/76-518 du 9 août 1976, promulgué par le gouverneur en conseil en application de l'al. 11b) de la Loi. Aux termes de cette disposition, le gouverneur en conseil peut, par règlement, «pren-

designated by the Governor in Council". In designating apples as an agricultural commodity to be governed by the Act, the Governor in Council was acting pursuant to s. 2(1) of the Act which included in its definition of "agricultural commodity" natural or processed products of agriculture not expressly mentioned but designated by the Governor in Council as an agricultural commodity for the purposes of the Act.

Counsel for the corporate appellant (the proper claimant of subsidy, according to counsel) did not suggest that the Act itself gave an entitlement to subsidy. It was his contention, however, that once a stabilization scheme was propounded and payments were made under it in respect of an agricultural commodity governed by the scheme, other producers of the commodity became entitled to a subsidy payment. I leave this contention aside for the moment and address myself to another major submission of the appellant. That submission goes to the amount of the subsidy and to its assertion that if, as alleged here, there was a failure to impose a legally authorized ceiling on subsidy payments, entitlement to subsidy was open-ended and not limited to the eligible quantities that were allegedly illegally fixed by the Board.

I turn to the legislation and regulations upon which the opposing contentions of the parties, the appellant and the Board, are founded and to the relevant facts.

The *Agricultural Stabilization Act*, as amended, exhibits its purpose in the preamble which, in its relevant part, reads as follows:

... it is expedient to enact a measure for the purpose of stabilizing the prices of agricultural commodities in order to assist the industry of agriculture to realize fair returns for its labour and investment, and to maintain a fair relationship between prices received by farmers and the costs of the goods and services that they buy, thus to provide farmers with a fair share of the national income; ...

The Act establishes a three-person Agricultural Stabilization Board as an agent of the Crown in right of Canada and gives rights of action to and against the Board. A distinction is made between the functions of the Board, set out in ss. 7, 8, 8.1,

dre toute mesure ou procéder à toute désignation exigée par la présente loi». En désignant les pommes comme un produit agricole relevant de la Loi, le gouverneur en conseil a agi en vertu du par. 2(1) de la Loi qui englobe dans sa définition de «produit agricole» tout produit naturel ou transformé de l'agriculture non expressément mentionné mais que le gouverneur en conseil a désigné comme produit agricole aux fins de la Loi.

L'avocat de la société appelante (celle-ci étant, selon lui, la légitime réclamante de la subvention) ne prétend pas que la Loi elle-même donne droit à une subvention. Il fait cependant valoir que dès lors qu'on a élaboré un plan de stabilisation en vertu duquel on a effectué des paiements à l'égard d'un produit agricole régi par le plan, d'autres producteurs de ce produit ont droit à une subvention. Je laisse momentanément de côté cet argument pour passer à l'examen d'une autre prétention majeure de l'appelante. Cette prétention porte sur le montant de la subvention et découle de son affirmation que si, comme on l'allègue en l'espèce, le plafond imposé aux subventions n'est pas légalement autorisé, le droit à la subvention ne subit pas de restriction et ne se limite pas aux quantités que, prétend-on, l'Office a fixées illégalement.

J'en viens maintenant à la Loi et au Règlement sur lesquels reposent les prétentions opposées des parties, soit l'appelante et l'Office, et aux faits pertinents.

L'objet de la *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, modifiée, se dégage de son préambule qui, dans la partie qui nous intéresse, dispose:

... il est opportun d'édicter des dispositions en vue de stabiliser les prix des produits agricoles pour aider l'industrie de l'agriculture à obtenir un juste rendement de son travail et de son placement, de même que maintenir un rapport équitable entre les prix reçus par les cultivateurs et le coût des marchandises et des services qu'ils achètent, ce qui fournira aux cultivateurs une juste part du revenu national; ...

La Loi établit, d'une part, un Office de stabilisation des prix agricoles composé de trois membres qui est mandataire de la Couronne du chef du Canada et, d'autre part, accorde des droits d'action en vertu desquels l'Office peut ester en justice.

8.2 and 9 and the powers of the Board set out in s. 10. Sections 7, 8, 8.1, 8.2 and 9 are in these terms:

**7. (1) The Board shall from time to time**

(a) take such action in accordance with this Act as is necessary to stabilize the prices of agricultural commodities at their respective prescribed prices; and

(b) make such recommendations, including recommendations respecting the index referred to in section 8.2 and, after consultation with producer groups, recommendations respecting the powers that may be prescribed under subsection 10(1.1), as are necessary to ensure that the prescribed prices for agricultural commodities in a year bear a fair relationship to the production costs of such commodities in the year.

(2) Action by the Board to stabilize the price of an agricultural commodity under this Act shall be taken in relation to the agricultural commodity or in relation to such grade, quality, variety, class, type or form thereof, and with reference to such place or places, as the Board considers appropriate.

**8.** In each year the Board shall establish the base price for each agricultural commodity, or the grade, quality, variety, class, type or form thereof, the price of which is to be stabilized under this Act.

**8.1** The base price of an agricultural commodity in a year shall be the average price thereof at representative markets as determined by the Board for the five years immediately preceding the year.

**8.2 (1)** The prescribed price of an agricultural commodity in a year shall be,

(a) in relation to a named commodity, the amount obtained by adjusting ninety per cent, or such higher percentage as the Governor in Council may prescribe, of the base price thereof for the year by an index calculated in such manner as may be prescribed by the Governor in Council to reflect the estimated production costs of the commodity in the year as compared with the average of production costs for the five years immediately preceding the year; and

(b) in relation to a designated commodity, the amount obtained by adjusting such percentage of the base price thereof for the year as the Governor in Council prescribes by the index therefor calculated as described in paragraph (a).

(2) In prescribing a percentage of the base price of an agricultural commodity under paragraph (1)(a) or (b), the Governor in Council shall be guided by the recommendations of the Board made pursuant to subsection

Elle fait une distinction entre les fonctions de l'Office exposées aux art. 7, 8, 8.1, 8.2 et 9 et ses pouvoirs énoncés à l'art. 10. Les articles 7, 8, 8.1, 8.2 et 9 sont ainsi rédigés:

**7. (1) L'Office**

a) prend conformément à la présente loi les mesures nécessaires pour stabiliser au niveau prescrit les prix des produits agricoles; et

b) formule les recommandations, notamment en ce qui concerne l'indice mentionné à l'article 8.2 et, après consultation avec toute classe de producteurs les pouvoirs prescrits en vertu du paragraphe 10(1.1), nécessaires à l'établissement, pour une année, d'un juste rapport entre les coûts de production des produits agricoles et les prix prescrits.

(2) Les mesures de l'Office destinées à stabiliser le prix d'un produit agricole selon la présente loi, doivent être prises relativement à ce produit agricole, ou relativement à la catégorie, la qualité, la variété, la classe, le type ou la forme de ce produit que l'Office estime appropriés, et en fonction de l'endroit ou des endroits qu'il considère opportuns.

**8.** Chaque année, l'Office fixe le prix de base du produit agricole ou des catégorie, qualité, variété, classe, type ou forme du produit agricole, dont le prix est à stabiliser en application de la présente loi.

**8.1** Le prix de base d'un produit agricole, pour une année, est le prix moyen de celui-ci sur des marchés représentatifs que détermine l'Office pour les cinq années précédentes.

**8.2 (1)** Pour une année, le prix prescrit d'un produit agricole s'obtient en rajustant,

a) pour un produit dénommé, quatre-vingt-dix pour cent de son prix de base pour l'année ou le pourcentage supérieur prescrit par le gouverneur en conseil, en fonction d'un indice calculé de la manière prescrite par le gouverneur en conseil et traduisant le rapport entre les coûts estimatifs de production du produit pour l'année et les coûts moyens de production des cinq années précédentes; et

b) pour un produit désigné, le pourcentage de son prix de base pour l'année fixé par le gouverneur en conseil en fonction de l'indice calculé conformément à l'alinéa a).

(2) Pour fixer le pourcentage du prix de base prévu aux alinéas (1)a) ou b), le gouverneur en conseil se fonde sur les recommandations que l'Office fait conformément au paragraphe 7(1) et sur tout autre facteur

7(1) and such other factors as the Governor in Council considers to be relevant.

9. (1) Action by the Board under paragraph 10(1)(a), (b) or (c) in relation to an agricultural commodity shall commence at such time in each year as is determined by the Board, and shall continue thereafter for a period of twelve months or, in the case of a designated commodity, for such other period as the Governor in Council prescribes.

(2) The percentage of the base price of a named commodity higher than ninety prescribed under paragraph 8.2(1)(a), and the designation of an agricultural commodity under paragraph (b) of the definition "agricultural commodity" in subsection 2(1), ceases to have effect at the end of the period mentioned in subsection (1) in relation to that commodity.

A number of definition provisions in s. 2(1) of the Act must be referred to for context, as follows:

2. (1) In this Act

"agricultural commodity" means

(a) any of the following commodities produced in Canada, namely, cattle, hogs and sheep; industrial milk and industrial cream; corn and soybeans; and oats and barley not produced in the designated area as defined in the *Canadian Wheat Board Act*, hereinafter called "named commodity", and

(b) any other natural or processed product of agriculture (including oats and barley produced in the designated area as defined in the *Canadian Wheat Board Act* and not marketed through The Canadian Wheat Board) designated by the Governor in Council as an agricultural commodity for the purposes of this Act, hereinafter called "designated commodity";

"base price", in relation to an agricultural commodity, means the base price as established under section 8.1;

"Minister" means the Minister of Agriculture;

"prescribed price", in relation to an agricultural commodity, means the prescribed price as established under section 8.2.

Section 10, detailing the powers of the Board, reads:

10. (1) Subject to and in accordance with any regulations that may be made by the Governor in Council, the Board may

(a) purchase any agricultural commodity at the prescribed price;

qu'il estime utile.

9. (1) Les mesures prises par l'Office aux termes de l'alinéa 10(1)a, b) ou c), relativement à un produit agricole, deviennent exécutoires à telle époque, chaque année, que détermine l'Office, et doivent rester en vigueur par la suite pendant une période de douze mois ou, dans le cas d'un produit désigné, pendant telle autre période que le gouverneur en conseil prescrit.

(2) Le pourcentage du prix de base d'un produit dénommé, qui est, en application de l'alinéa 8.2(1)a), fixé à un taux supérieur à quatre-vingt-dix, et la désignation d'un produit agricole selon l'alinéa b) de la définition de «produit agricole» au paragraphe 2(1), cessent de s'appliquer à ce produit à la fin de la période mentionnée au paragraphe (1).

Pour préciser le contexte, il convient de citer plusieurs définitions contenues dans le par. 2(1) de la Loi:

2. (1) Dans la présente loi

«produit agricole» désigne

a) l'un des produits canadiens suivants: les bovins, les porcs et les moutons, le lait et la crème de transformation, le maïs et le soja, ainsi que l'avoine et l'orge non produites dans la région désignée que définit la *Loi sur la Commission canadienne du blé* et portant ci-après l'appellation de «produit dénommé», et

b) tout autre produit, naturel ou transformé, de l'agriculture (y compris l'avoine et l'orge produites dans la région désignée, que définit la *Loi sur la Commission canadienne du blé* et dont la commercialisation ne passe pas par la Commission) que le gouverneur en conseil a désigné comme produit agricole aux fins de la présente loi et ci-après appelé «produit désigné».

«prix de base» d'un produit agricole désigne le prix de base fixé conformément à l'article 8.1;

«Ministre» désigne le ministre de l'Agriculture;

«prix prescrit» d'un produit agricole désigne le prix fixé conformément à l'article 8.2;

L'article 10, qui énonce en détail les pouvoirs de l'Office, porte:

10. (1) Sous réserve et en conformité de tous règlements qu'il est loisible au gouverneur en conseil d'édicter, l'Office peut

a) acheter tout produit agricole au prix prescrit;

- (b) pay to producers of an agricultural commodity, directly or through such agent as the Board may determine, the amount by which the prescribed price exceeds a price determined by the Board to be the average price at which the commodity is sold in such markets and during such periods as the Board considers appropriate; *a*
- (c) make such payment for the benefit of producers as the Governor in Council may authorize for the purpose of stabilizing the price of an agricultural commodity at the prescribed price; *b*
- (d) sell or otherwise dispose of, package, process, store, ship, transport, export, insure or otherwise deal in any commodity purchased by the Board under this section; *c*
- (e) enter into contracts or appoint agents to do anything authorized under this Act;
- (f) purchase at the request of any department or agency of the Government of Canada any agricultural commodity required by such department or agency; *d*
- (f.1) by order require any person to give, at the time specified in the order, such information respecting agricultural commodities as may be necessary for the proper administration of this Act; and *e*
- (g) do all such acts and things as are necessary or incidental to the exercise of any of its powers, duties or functions under this Act. *f*
- (1.1) For the purpose of stabilizing the price of an agricultural commodity, the Board may exercise such other powers as are prescribed by the Governor in Council, upon the recommendation of the Board, for that purpose. *g*
- (2) For the purpose of stabilizing the price of an agricultural commodity, the Board may exercise all or any of its powers under this section in relation to any food product thereof, and for the purposes of this section the expression "prescribed price" in relation to such food product shall be construed to be such price as is determined by the Board to be proportionate to the prescribed price for such agricultural commodity. *h*
- (3) The Board may make rules for the regulation of its proceedings and the performance of its duties and functions under this Act. *i*
- There are three other provisions of the Act of which account must be taken, namely, s. 2(2), s. 4(5) and s. 11. They are, respectively, as follows: *j*
- b) payer à ceux qui ont réalisé un produit agricole, directement ou par l'intermédiaire de l'agent que l'Office peut déterminer, l'excédent du prix prescrit sur un prix déterminé par l'Office comme étant le prix moyen auquel ce produit se vend sur tels marchés et pendant telles périodes, que l'Office juge appropriés;
- c) faire, au bénéfice des producteurs, tout paiement que le gouverneur en conseil peut autoriser afin de stabiliser le prix d'un produit agricole au niveau du prix prescrit;
- d) vendre ou autrement aliéner, emballer, conditionner, emmagasiner, expédier, transporter, exporter ou assurer tout produit acheté par l'Office selon le présent article, ou autrement en faire l'objet d'opérations;
- e) conclure des contrats ou nommer des agents en vue d'accomplir toute chose autorisée en conformité de la présente loi;
- f) acheter, à la demande d'un ministère ou organisme du gouvernement du Canada, tout produit agricole que requiert ce ministère ou cet organisme;
- f.1) exiger de quiconque, par ordonnance, à la date y indiquée, tout renseignement sur les produits agricoles nécessaires à l'application de la présente loi; et
- g) accomplir tous les actes et les choses nécessaires ou accessoires à l'exercice de l'un quelconque de ses pouvoirs, devoirs ou fonctions prévus par la présente loi.
- (1.1) Afin de stabiliser le prix d'un produit agricole, l'Office peut exercer tous autres pouvoirs prescrits sur sa recommandation par le gouverneur en conseil.
- (2) Afin de stabiliser le prix d'un produit agricole, l'Office peut exercer la totalité ou l'un quelconque de ses pouvoirs prévus par le présent article, relativement à tout produit alimentaire en provenant, et, pour l'exécution du présent article, l'expression «prix prescrit», appliquée à un tel produit alimentaire, doit s'interpréter comme constituant le prix qui, d'après la détermination faite par l'Office, se trouve être proportionné au prix prescrit pour ce produit agricole.
- (3) L'Office peut édicter des règles aux fins de ses délibérations et en vue de l'accomplissement de ses devoirs et fonctions prévus par la présente loi.
- Il faut tenir compte de trois autres dispositions de la Loi, savoir les par. 2(2) et 4(5) et l'art. 11 qui portent respectivement:

2. (2) The powers, duties and functions conferred by this Act may be exercised in relation to an agricultural commodity throughout Canada or in any region of Canada when, in the opinion of the Governor in Council, the market situation for the agricultural commodity in that region is substantially different from the market situation therefor in the rest of Canada.

4. (5) The Board shall comply with any directions from time to time given to it by the Governor in Council or the Minister respecting the exercise or performance of its powers, duties and functions under this Act.

11. The Governor in Council may make regulations,  
 (a) establishing ceilings on the quantity or value of an agricultural commodity eligible for price stabilization under this Act;  
 (b) prescribing or designating anything that by this Act is to be prescribed or designated by the Governor in Council; and  
 (c) generally for carrying out the purposes and provisions of this Act.

There is also a ceiling on the pay-outs under the Act, prescribed by s. 13, which limits them (apart from salary, travel and administration expenses) to 250 million dollars, payable out of the Consolidated Revenue Fund.

The *Apple Stabilization Regulations*, applicable to apples marketed in 1975-76, were promulgated by the Governor in Council pursuant to ss. 2(1), 8.2(1), 9(1), 10(1)(b) and 11 of the Act. The Regulations designated apples sold as fresh apples or as peelers as an agricultural commodity for the purpose of the Act, and so too apples sold for juice, juice concentrate or vinegar. Sections 4 and 5 of the Regulations governing the prescribed price and payments to producers were as follows:

4. The prescribed price for apples sold as fresh apples or peelers and apples sold for juice, juice concentrate or vinegar shall be the aggregate of

(a) ninety per cent of the base price thereof; and  
 (b) the index applicable thereto calculated in the manner set out in the *Production Cost Index Regulations*.

2. (2) L'exercice des pouvoirs et attributions conférés par la présente loi à l'égard d'un produit agricole peut s'étendre soit à l'ensemble du pays soit à telle région où, de l'avis du gouverneur en conseil, la situation du marché pour ce produit diffère notablement de celle du reste du pays.

4. (5) L'Office doit se conformer à toutes les instructions que lui donne, à l'occasion, le gouverneur en conseil ou le Ministre en ce qui concerne l'exercice de ses pouvoirs et fonctions ou l'accomplissement de ses devoirs sous le régime de la présente loi.

11. Le gouverneur en conseil peut, par règlement,  
 a) fixer des plafonds quant à la quantité ou à la valeur d'un produit agricole dont le prix est susceptible d'être stabilisé en vertu de la présente loi;  
 b) prendre toute mesure ou procéder à toute désignation exigée par la présente loi; et  
 c) d'une façon générale, pourvoir à l'application de la présente loi.

De plus, l'art. 13 fixe un plafond de 250 millions de dollars aux paiements (sauf ceux pour traitements, frais de voyage et frais d'administration) effectués, en application de la Loi, sur le Fonds du revenu consolidé.

Le *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes*, qui s'applique aux pommes commercialisées en 1975-1976, a été promulgué par le gouverneur en conseil en application des par. 2(1), 8.2(1), 9(1), de l'al. 10(1)b) et de l'art. 11 de la Loi. Le Règlement désigne les pommes vendues comme pommes fraîches ou à peler comme produit agricole aux fins de la Loi, et il en est de même des pommes vendues pour la fabrication de jus, de concentré de jus ou de vinaigre. Les articles 4 et 5 du Règlement portant sur le prix prescrit et sur les paiements aux producteurs sont ainsi rédigés:

4. Le prix prescrit pour les pommes vendues comme pommes fraîches ou à peler ou pour les pommes vendues pour la fabrication de jus, concentré de jus ou de vinaigre est la somme de

a) 90% de leur prix de base; et  
 b) l'indice qui leur est applicable, calculé de la manière indiquée dans le *Règlement sur l'indice des coûts de production*.

5. (1) The Board may make payments to producers of

(a) 2.1 cents per pound of apples sold as fresh apples or peelers, and

(b) 0.9 cent per pound of apples sold for juice, juice concentrate or vinegar,

for the purpose of stabilizing the price of such designated commodities at the prescribed price.

(2) Payments made pursuant to subsection (1) shall be paid directly by the Board or through such marketing agency as the Board may determine in respect of apples grown during the 1975 crop year and marketed on or before August 31, 1976, where the Board is satisfied as to the designated commodity that such apples comprise.

Under s. 6, payments pursuant to s. 5 were to be made during the period commencing on the in-force date of the Regulations and terminating on March 31, 1977.

It will be seen that there is nothing in the *Apple Stabilization Regulations* which limits the quantities of apples or derivatives thereof that are eligible for subsidy payments. The Regulations were submitted to the Treasury Board for approval by the Minister of Agriculture who accompanied them with the following statement:

Eligibility limitations have been set at 25,000 lbs. to 750,000 lbs. to achieve the maximum impact of the support program on producers, ensuring that the main direction of the support program is towards the medium size efficient fulltime producer [*sic*] rather than smaller parttime [*sic*] operators and limiting the assistance to those very large producers who are better able to cope with the economic vagaries of the market place than the average.

The Board adopted these quantity limits at a meeting held on July 8, 1976 and they were repeated in a press release of August 9, 1976, issued a few days after the promulgation of the Regulations. Claim forms for the subsidy were distributed to producers early in September, 1976. On the face of the form was the following notice:

Please note that claims will be accepted if the total quantity of apples marketed exceeds 25,000 lbs. to a maximum of 750,000 lbs.

5. (1) L'Office peut faire, au bénéfice des producteurs, des paiements de

a) 2.1 cents la livre de pommes vendues comme pommes fraîches ou à peler, et

b) 0.9 de cent la livre de pommes vendues pour la fabrication de jus, de concentré de jus ou de vinaigre

afin de stabiliser le prix de ce produit désigné au niveau du prix prescrit.

(2) Les paiements faits en vertu du paragraphe (1) le sont directement par l'Office, ou par l'entremise de l'agence de commercialisation déterminée par l'Office, à l'égard des pommes cultivées au cours de la campagne agricole de 1975 et commercialisées jusqu'au 31 août 1976, lorsque l'Office est satisfait de la sorte de produit désigné que ces pommes constituent.

Suivant l'art. 6, les paiements en vertu de l'art. 5 devaient être faits au cours de la période qui a commencé à la date d'entrée en vigueur du Règlement et qui s'est terminée le 31 mars 1977.

On constatera que rien dans le *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes* ne limite les quantités de pommes ou de leurs dérivés ouvrant droit à la subvention. Le ministre de l'Agriculture, qui a soumis le Règlement à l'approbation du Conseil du Trésor, y a joint la déclaration suivante:

[TRADUCTION] Les limites d'admissibilité ont été fixées à 25,000 livres au moins et à 750,000 livres au plus, afin que les producteurs puissent jouir du bénéfice maximum du programme de soutien et que celui-ci vise les producteurs à plein temps, de moyenne importance et qui font preuve d'efficacité plutôt que les petits exploitants à temps partiel, limitant ainsi l'aide à la disposition des très grands producteurs, plus aptes que la moyenne à faire face aux fluctuations du marché.

L'Office a adopté ces limites quantitatives lors d'une réunion tenue le 8 juillet 1976 et elles ont été répétées dans un communiqué publié le 9 août 1976, soit quelques jours après la promulgation du Règlement. Les formules de demande de subvention ont été distribuées aux producteurs au début de septembre 1976. Ces formules portent l'avis suivant:

[TRADUCTION] Veuillez noter que les demandes seront acceptées lorsque la quantité de pommes commercialisées dépasse 25,000 livres, le maximum étant de 750,000 livres.

Representations to the Board by certain trade associations resulted in an increase, decreed at a Board meeting on December 24, 1976, in the maximum eligibility for subsidy to producers where two or more partners were involved. The minimum and maximum quantities were made applicable to up to three partners. The appellant was first paid \$15,750 as a subsidy for 750,000 lbs. As a result of the decreed increase, two more payments of that amount were made, to a total of \$47,250. It is common ground that the unpaid subsidy entitlement claimed from the Board, based on a production in excess of 750,000 lbs., is \$54,973.99 and not \$70,719.09 which was claimed originally.

#### The Judgments in the Federal Court

In his reasons for judgment in favour of the now appellant, Mahoney J., [1979] 2 F.C. 840, concluded that nothing in the Act made payment of a subsidy an *ex gratia* matter. Again, in his view, the annual limitation of 250 million dollars on expenditures by the Board under s. 13(5) of the Act did not vest the Board with authority to limit producers' eligibility for subsidy, especially when this limitation could be exceeded by a supplementary appropriation by Parliament, as in fact happened in the fiscal year ending March 31, 1977. Contrary to the submission of the Board which invoked s. 4(5) of the Act to support the limits on quantities eligible for subsidy, the learned trial judge held that that provision (referring to the Minister's direction) could not vest the Board with any power or duty or function which it did not already have. Mahoney J. also found that the absence of the word "quantity" from s. 8 of the Act was significant. Taken together with the power to prescribe quantities vested in the Governor in Council by s. 11(a) of the Act, the conclusion followed that the Board itself had no power to put a ceiling or a floor on quantities eligible for subsidy. Section 10(1)(g), empowering the Board to do all such acts or things necessary or incidental to the exercise of any of its powers, duties or functions under the Act was a dependent not an

Des démarches effectuées auprès de l'Office par certaines associations de producteurs ont abouti à ce que l'Office adopte, à sa réunion du 24 décembre 1976, une augmentation de la quantité maximale ouvrant droit à une subvention lorsqu'il y a deux associés ou plus. Les quantités minimales et maximales sont devenues applicables à au plus trois associés. L'appelante a d'abord reçu \$15,750, soit la subvention pour 750,000 livres. Par suite de l'augmentation décrétée, il y a eu deux versements supplémentaires du même montant, ce qui a porté le total à \$47,250. Les parties reconnaissent que, pour une production de plus de 750,000 livres, le montant impayé de la subvention que l'appelante réclame à l'Office est de \$54,973.99 et non pas les \$70,719.09 réclamés à l'origine.

#### <sup>d</sup> Les jugements de la Cour fédérale

Dans ses motifs de jugement en faveur de l'appelante en cette Cour, le juge Mahoney, [1979] 2 C.F. 840, a conclu que rien dans la Loi ne fait d'une subvention un paiement à titre gracieux. De plus, à son avis, la limite annuelle de 250 millions de dollars que le par. 13(5) de la Loi impose aux dépenses de l'Office ne confère pas à celui-ci le pouvoir de limiter le droit des producteurs à la subvention, d'autant plus qu'il serait possible de dépasser cette limite si le Parlement votait des crédits supplémentaires, ce qui s'est effectivement produit au cours de l'année financière qui s'est terminée le 31 mars 1977. Contrairement à la prétention de l'Office qui a invoqué le par. 4(5) de la Loi à l'appui des limites aux quantités ouvrant droit à une subvention, le savant juge de première instance a statué que cette disposition (il a voulu dire par là les instructions du Ministre) ne saurait conférer à l'Office un pouvoir ou un devoir ou des fonctions qu'il ne possède pas déjà. Le juge Mahoney a conclu également que l'absence du mot «quantité» de l'art. 8 de la Loi est significative. La combinaison de cette absence et du pouvoir de prescrire les quantités dont l'al. 11a) de la Loi investit le gouverneur en conseil, mène à la conclusion que l'Office lui-même n'a aucun pouvoir de fixer des quantités plafond ou plancher ouvrant droit à une subvention. L'alinéa 10(1)g), qui habi-



independent provision.

In the result, Mahoney J. held that since the Board had no power to limit or prescribe quantities, the appellant company was entitled to a declaration in its favour for the total unpaid subsidy to which it claimed entitlement.

The Federal Court of Appeal, [1980] 2 F.C. 754, in reasons by Ryan J.A., allowed the Board's appeal and dismissed the action. It saw the critical question to be whether the Board had authority to set eligibility limits on quantities. It found such authority implicit in the Board's power, more properly duty, under s. 8 to establish in each year the base price for each agricultural commodity or the grade, quality, variety, class, type or form thereof, the price of which is to be stabilized under the Act. Ryan J.A. said this in that connection [at p. 764]:

The Act envisages that the Board may wish to stabilize prices, not merely of commodities as such, but of particular grade, qualities, varieties, classes, types or forms of commodities, possibly having in mind that distinct markets may exist in relation to different subgroups. That was in fact done in this case: a distinction was made between fresh apples and apples for juice, and a separate price was designated for each type. To refer in subsection 7(2) and in section 8 to subgroups in terms of grade or quality, without also mentioning quantity, does not, with respect, as I read the provisions, indicate an intention to exclude the Board from taking action in relation to quantities of a type of commodity in relation to which a base price has been established and a price designated.

He then referred to the Minister's indication, in making his submission to the Treasury Board, that the purpose of fixing minimum and maximum limits on quantities was to ensure that the main direction of the support program would be towards the medium and efficient full-time operators rather than to the smaller part-time operators and that assistance would be restricted in respect of the very large producers who were better able to cope with market vagaries than the average. The secre-

lite l'Office à accomplir tous les actes ou les choses nécessaires ou accessoires à l'exercice de l'un quelconque de ses pouvoirs, devoirs ou fonctions prévus par la Loi, ne peut être pris isolément.

<sup>a</sup> En définitive, le juge Mahoney a décidé que, l'Office n'ayant aucun pouvoir de limiter les quantités ou d'en prescrire, la société appelante avait droit à un jugement déclaratoire portant obligation <sup>b</sup> de verser le total impayé de la subvention qu'elle réclame.

La Cour d'appel fédérale, [1980] 2 C.F. 754, pour les motifs exposés par le juge Ryan, a accueilli l'appel de l'Office et a rejeté l'action. Elle a estimé que la question vitale est de savoir si l'Office a le pouvoir de fixer des limites quantitatives pour les demandes de subvention. Elle a conclu que ce pouvoir résulte implicitement du pouvoir, <sup>d</sup> ou plus exactement du devoir, de l'Office, suivant l'art. 8, de fixer chaque année le prix de base du produit agricole ou des catégorie, qualité, variété, classe, type ou forme du produit agricole, dont le prix est à stabiliser en application de la Loi. Voici ce qu'en dit le juge Ryan [à la p. 764]:

La Loi prévoit que l'Office peut vouloir stabiliser les prix non seulement de produits en tant que tels, mais également de catégories, qualités, variétés, classes, types <sup>f</sup> ou formes de produits agricoles, peut-être pour tenir compte du fait que des marchés distincts puissent exister pour ces différentes classifications. C'est ce qu'on a fait en l'espèce: une distinction a été faite entre les pommes fraîches et les pommes destinées à la fabrication du jus et un prix différent a été prescrit pour chaque type. En toute déférence, le fait que le paragraphe 7(2) et l'article 8 font mention de catégorie ou qualité, sans faire mention de la quantité ne veut pas dire, selon moi, qu'on ait eu l'intention d'empêcher l'Office de prendre des mesures relatives à la quantité d'un type de produit agricole relativement auquel un prix de base a été fixé et un prix prescrit.

Il mentionne alors que le Ministre, dans sa présentation au Conseil du Trésor, a indiqué que si un minimum et un maximum quantitatifs sont fixés, c'est pour assurer que le programme de soutien profite surtout aux producteurs à plein temps, de moyenne importance et qui font preuve d'efficacité plutôt qu'aux petits exploitants à temps partiel, et que l'aide fournie aux très grands producteurs, plus aptes que la moyenne à faire face aux fluctuations du marché, soit restreinte. Le

tary-manager of the Board, in his evidence, confirmed this to be a consideration in the fixing of the sum of money to be made available for subsidy payments.

Ryan J.A. concluded his reasons as follows [at pp. 764-65]:

I have already indicated my view that it is open to the Board to set minimum and maximum limits within which payments may be made in implementation of a price stabilization program. Such limits must, however, be limits designed to implement price stabilization and not to promote an unrelated purpose. The problem, as I see it, is whether the setting of the limits in relation to the apple price stabilization program for the purposes indicated had the effect of transforming the program into something other than a program to stabilize the prices of the designated commodities at the prescribed prices.

After some hesitation, I have concluded that the limits did not have this effect. The program remained in essence a program designed to stabilize the prices of designated commodities at the prescribed prices. The preamble to the Act indicates that the purpose of price stabilization programs is to assist "the industry of agriculture" to realize fair returns for its labour and investment. A purpose of such programs is "to maintain a fair relationship between prices received by farmers and the costs of the goods and services that they buy, thus to provide farmers with a fair share of the national income". In my view, the limits set by the Board, considered in the light of the purposes of these limits and the statutory purposes of agricultural price stabilization, were such as to be permissible. They did not have the effect of transforming the price stabilization program for apples into something else.

Earlier in his reasons, he disagreed with the trial judge's view of the Governor in Council's powers under s. 11(a), holding that it was a power to set outer limits on quantity or value and leaving room for the Board to set limits, within any ceiling fixed by the Governor in Council, beyond which producers may not be paid subsidy. At the same time, he rejected the contention that s. 7(2) as well as s. 8 indicated that the Board's powers were not to extend to fixing eligible quantities.

secrétaire général de l'Office, dans son témoignage, a confirmé que cette considération joue lorsqu'il s'agit de fixer les crédits devant être consacrés aux subventions.

<sup>a</sup> Le juge Ryan termine ainsi ses motifs [aux pp. 764 et 765]:

J'ai déjà indiqué que, selon moi, il est loisible à l'Office de fixer des limites minimum et maximum à l'intérieur desquelles des paiements peuvent être faits en application d'un programme de stabilisation des prix. Ces limites doivent toutefois être conçues pour réaliser une stabilisation des prix et non dans un but sans rapport avec cette stabilisation. Le problème selon moi est de savoir si la fixation de limites relativement au programme de stabilisation des prix des pommes a eu fins indiquées a eu pour effet de transformer le programme en quelque chose d'autre qu'un programme de stabilisation des prix des produits désignés au niveau prescrit.

J'ai conclu après quelque hésitation que les limites n'ont pas eu cet effet. Le programme est demeuré essentiellement un programme destiné à stabiliser les prix de produits désignés au niveau prescrit. Le préambule de la Loi indique que les programmes de stabilisation des prix ont pour objet d'aider «l'industrie de l'agriculture» à obtenir un juste rendement de son travail et de son placement. Un autre objet de tels programmes est de «maintenir un rapport équitable entre les prix reçus par les cultivateurs et le coût des marchandises et des services qu'ils achètent, ce qui fournira aux cultivateurs une juste part du revenu national». A mon avis, compte tenu de la raison d'être de ces limites et des objets visés par la Loi en prévoyant la stabilisation des prix agricoles, les limites fixées par l'Office sont légitimes. Ils n'ont pas eu pour effet de détourner le programme de stabilisation des prix des pommes.

Il avait auparavant exprimé son désaccord avec le premier juge sur l'interprétation des pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par l'al. 11a), statuant qu'il s'agit d'un pouvoir de fixer les limites supérieures, quant à la quantité ou à la valeur, ce qui donne à l'Office une marge de manœuvre lui permettant de fixer des limites, se situant en deçà du plafond établi par le gouverneur en conseil, au-delà desquelles les producteurs ne recevront pas de subvention. En même temps, il a rejeté la prétention que le par. 7(2) ainsi que l'art. 8 indiquent que les pouvoirs de l'Office ne doivent pas comprendre la fixation des quantités ouvrant droit à une subvention.

It seems to me that the learned Justice of Appeal also found support for the Board prescription of quantities in s. 7(1) and in s. 10(1), although he is not as explicit on the scope of these provisions as he is on the scope of s. 8. Nonetheless, it is desirable to quote what he said as to s. 7(1) and s. 10(1), as follows [at pp. 761 *et seq.*]:

Once a price is prescribed for an agricultural commodity, the Board, by virtue of subsection 7(1) of the Act, is under a duty "... to take such action in accordance with this Act as is necessary to stabilize ..." the price of the commodity at the prescribed price. The duty is imposed on the Board, not on the Minister or the Governor in Council. It is true that the Minister or the Governor in Council may give the Board instructions on which the Board must act. But the statutory duty to stabilize is a duty imposed on the Board itself.

The Act vests the Board with powers by means of which to carry out its mandate. These are set out in paragraphs (a), (b) and (c) of subsection 10(1). They are supplemented by the authority, granted to the Board by paragraph (g) of the subsection, to "do all such acts and things as are necessary or incidental to the exercise of any of its powers, duties or functions" under the Act.

It would seem to me that the Board might well decide, in implementing the powers vested in it by subsection 10(1), paragraphs (c) and (g), that it would be desirable or even necessary to place limits on the quantities of the commodity in respect of which it was about to make payments. The Board might decide, as it did in this case, to establish quantitative limits in respect of individual producers if it was aware, as it was here, of the estimates of the costs of a program as approved by Treasury Board ...

The Board might also consider it prudent under some programs to establish a minimum quantity as a test of eligibility for the purpose of avoiding a large number of very small claims of little more than nuisance value.

#### Stabilization Program not a Marketing Scheme

Although the Board is empowered under s. 10(1)(a), in accordance with any regulation of the Governor in Council, to purchase any agricultural commodity at the prescribed price and, under s. 10(1)(d), to sell or deal in any agricultural com-

Il me semble que le savant juge de la Cour d'appel a également appuyé le pouvoir de l'Office de prescrire les quantités sur les par. 7(1) et 10(1), bien qu'il s'exprime de façon moins explicite sur la portée de ces dispositions que sur celle de l'art. 8. Néanmoins, il est utile de citer ses propos relativement aux par. 7(1) et 10(1) [aux pp. 761 et suiv.]:

Une fois que le prix d'un produit agricole est fixé, l'Office, en vertu du paragraphe 7(1) de la Loi, a l'obligation de « ... [prendre] conformément à la présente loi les mesures nécessaires pour stabiliser ... » le prix du produit au niveau prescrit. L'obligation est imposée à l'Office et non au Ministre ou au gouverneur en conseil. Il est vrai que le Ministre ou le gouverneur en conseil peut donner à l'Office des instructions que l'Office est tenu d'appliquer. Mais l'obligation statutaire de stabiliser les prix est une obligation imposée à l'Office même.

La Loi confère à l'Office les pouvoirs dont il a besoin pour remplir son mandat. Ils sont prévus aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 10(1). A ceux-ci s'ajoute le pouvoir conféré à l'Office par l'alinéa g) de ce paragraphe, d'accomplir tous les actes et les choses nécessaires ou accessoires à l'exercice de l'un quelconque de ses pouvoirs, devoirs ou fonctions» prévus par la présente Loi.

Il me semble que l'Office pourrait très bien décider, aux fins de l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les alinéas c) et g) du paragraphe 10(1), qu'il serait opportun et même nécessaire de fixer des limites quant aux quantités du produit à l'égard desquelles il est sur le point de faire des paiements. L'Office pourrait décider, comme il l'a fait en l'espèce, de fixer des limites quantitatives relativement à des producteurs particuliers s'il avait connaissance, comme ce fut le cas en l'espèce, des prévisions des dépenses relatives à un programme telles qu'approuvées par le Conseil du Trésor ...

L'Office pourrait également juger prudent d'établir, pour certains programmes, une quantité minimum comme critère d'admissibilité afin d'éviter un grand nombre de très petites réclamations dont l'effet principal serait de gêner.

#### Le programme de stabilisation des prix n'est pas un plan de commercialisation

Si l'alinéa 10(1)a) habilite l'Office, en conformité de tous règlements que peut établir le gouverneur en conseil, à acheter tout produit agricole au prix prescrit et que l'al. 10(1)d) lui donne le pouvoir de vendre tout produit agricole ainsi

modity so purchased, the Act does not introduce a marketing scheme for agricultural commodities. It is desirable to make this point because of the contention of the appellant that the purpose of the Act was to stabilize market prices and not to protect certain groups of producers at the expense of other groups; in short, discriminatory practice was outside of the purview of the statute. If this is meant to preclude the selection of particular beneficiaries of a subsidy program from among the undifferentiated number of producers of an agricultural commodity it is an untenable proposition. The stabilization program is not directed to consumers. Producers are not required to sell their products at fixed or designated prices. Rather there is a framework for monetary assistance to producers to enable them, as producers, to realize fair returns on their investment notwithstanding the increase in production costs which they might ordinarily try to recoup through market action, that is by raising their prices. Since there is no entitlement to subsidy until a scheme is propounded by the Governor in Council and until action is taken under the scheme by inviting the presentation of claims for subsidy, it is surely open to the proper authorities to designate the producers, according to authorized standards, who may be entitled to the benefits of the stabilization program.

In the present case, it is unnecessary to determine whether the Board has an unfettered discretion to refuse payments to producers within the program by reason of the stipulation in s. 5(1) of the Regulations that "the Board may make payments to producers". The Board, like other statutory bodies, has a duty to act fairly, and since it has implemented the apple stabilization program by inviting applications for subsidy and making payments accordingly, it must act on such applications in the same way for all producers who meet the eligibility requirements properly fixed to entitle them to subsidy.

This, of course, brings the matter back to the question of eligibility, based by the Board on

acheté ou d'autrement en faire l'objet d'opérations, la Loi ne crée pas pour autant un plan de commercialisation de produits agricoles. Il convient de le signaler puisque l'appelante prétend que la Loi a pour objet la stabilisation des prix du marché et non pas la protection de certains groupes de producteurs aux dépens d'autres groupes; bref, la Loi n'envisage pas de mesures discriminatoires. Si par là il faut entendre qu'il est interdit de choisir les bénéficiaires particuliers d'un programme de subventions parmi le nombre indifférencié de producteurs d'un produit agricole, la proposition est insoutenable. Le programme de stabilisation des prix ne vise pas les consommateurs. Les producteurs ne sont pas tenus de vendre leur produit à un prix fixe ou désigné. Il s'agit plutôt d'un plan d'aide monétaire aux producteurs, pour leur permettre d'obtenir un juste rendement de leur placement malgré la hausse des coûts de production qu'en temps normal, ils pourraient essayer de répercuter sur le marché, c'est-à-dire d'augmenter leurs prix. Vu qu'il n'y a aucun droit à une subvention avant que le gouverneur en conseil élabore un plan et qu'on y donne suite en invitant les intéressés à présenter des demandes de subvention, les autorités compétentes ont certainement le pouvoir de désigner, suivant les normes établies, les producteurs pouvant bénéficier du programme de stabilisation des prix.

En l'espèce, il n'est pas nécessaire de décider si l'Office jouit, en raison de la disposition du par. 5(1) du Règlement que «l'Office peut faire, au bénéfice des producteurs, des paiements», d'un pouvoir discrétionnaire sans restriction de refuser d'effectuer des paiements à des producteurs auxquels le programme s'applique. Il incombe à l'Office, comme à tout autre organisme créé par une loi, d'agir équitablement, et puisqu'il a mis en œuvre le programme de stabilisation du prix des pommes en invitant les intéressés à présenter des demandes de subvention et en effectuant les paiements correspondants, il doit traiter de la même façon tous les producteurs qui satisfont aux conditions valablement établies pour leur donner droit à une subvention.

Voilà, évidemment, qui nous ramène à la question du droit à une subvention que l'Office fonde

quantities, in pursuance apparently of a ministerial directive. The Act clearly contemplates that ceilings might be imposed to limit eligibility and the question is whether it is s. 11(a) of the Act alone that can lawfully support quantity limitations on claims to subsidy. In approaching this question, one of the construction of the powers vested in the Board, in the Minister and in the Governor in Council, it is a relevant consideration that the *Agricultural Stabilization Act* is not a restrictive statute, not one that interferes in any direct way with existing legal rights of producers or members of the public, but rather a statute that envisages positive financial assistance to producers of designated agricultural commodities and without restitutionary features. The subsidies are in fact a type of conditional grant, and I do not, therefore, understand the observation of the trial judge that payment of a subsidy is not an *ex gratia* matter. It certainly is, in inception at least. This persuades me that a broad view should be taken of the powers vested in the agencies involved in the operation of the Act and, especially, of the powers vested in the Board as the administrator of the Act.

#### Authority to Prescribe Eligible Quantities

Although there were discretions vested in the Board in its administration of the Act as, for example, in s. 10(1) ("Subject to and in accordance with any regulations [. . .], the Board may" etc.) and in s. 5(1) of the *Apple Stabilization Regulations* ("The Board may make payments to producers . . ." etc.), I would not regard them as a support for the imposition of quantity limits. Indeed, there is a good case to be made for giving an imperative connotation to these discretions once a stabilization scheme becomes operative. If the Board has power to establish quantity limits, it must be found elsewhere in the Act.

I do not view the duty assigned to the Board under s. 7(1)(a) in the same light. A different kind of discretion is reflected in its language that "the Board shall from time to time take such action in

sur la quantité, apparemment en conformité d'une directive ministérielle. La Loi envisage clairement l'imposition de plafonds pour limiter le droit à une subvention et la question est donc de savoir si l'al. 11a) peut à lui seul constituer le fondement légal d'une limite quantitative pour les demandes de subvention. Lorsqu'on aborde cette question, qui concerne l'interprétation des pouvoirs dont l'Office, le Ministre et le gouverneur en conseil sont investis, il importe de tenir compte de ce que la *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, loin d'avoir un caractère restrictif ou de toucher directement aux droits existants des producteurs ou du public, est une loi qui envisage une aide financière positive aux producteurs de produits agricoles désignés, sans aspect restitutoire. Les subventions sont en réalité une espèce d'allocation conditionnelle et je comprends donc mal l'observation du juge de première instance qu'une subvention ne constitue pas un paiement à titre gracieux. Elle l'est assurément, du moins au commencement. C'est ce qui me convainc qu'il faut interpréter de façon libérale les pouvoirs conférés aux organismes chargés de l'application de la Loi et particulièrement à l'Office en sa qualité d'administrateur de cette loi.

#### Le pouvoir de prescrire les quantités ouvrant droit à une subvention

Bien que l'Office soit investi de pouvoirs discrétionnaires pour l'application de la Loi, au par. 10(1) par exemple («Sous réserve et en conformité de tous règlements [. . .], l'Office peut» etc.) et au par. 5(1) du *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes* («L'Office peut faire, au bénéfice des producteurs, des paiements . . . » etc.), je ne suis pas d'avis que ces pouvoirs puissent appuyer l'imposition de limites quantitatives. En fait, il existe des arguments convaincants en faveur de l'attribution à ces pouvoirs discrétionnaires d'une connotation impérative dès la mise en œuvre d'un plan de stabilisation des prix. Si l'Office détient le pouvoir de fixer des limites quantitatives, ce ne peut être qu'en vertu d'une autre disposition de la Loi.

Je ne vois pas de la même façon le devoir conféré à l'Office par l'al. 7(1)a). Les mots «l'Office prend conformément à la présente loi les mesures nécessaires [les italiques sont de moi]

accordance with this Act *as is necessary* [the italics are mine] to stabilize the prices of agricultural commodities at their respective prescribed prices". Section 7(2) carries the reference to action further by specifying that "[it] shall be taken in relation to the agricultural commodity or in relation to such grade, quality, variety, class, type or form thereof, and with reference to such place or places, as the Board considers appropriate". Moreover, these two provisions have to be read along with s. 10(1)(b) and along with s. 9(1). It is worth repeating the terms of these provisions which are:

10. (1) Subject to and in accordance with any regulations that may be made by the Governor in Council, the Board may

(b) pay to producers of an agricultural commodity, directly or through such agent as the Board may determine, the amount by which the prescribed price exceeds a price determined by the Board to be the average price at which the commodity is sold in such markets and during such periods as the Board considers appropriate;

9. (1) Action by the Board under paragraph 10(1)(a), (b) or (c) in relation to an agricultural commodity shall commence at such time in each year as is determined by the Board, and shall continue thereafter for a period of twelve months or, in the case of a designated commodity, for such other period as the Governor in Council prescribes.

Unless the Board is given directions by the Minister or by the Governor in Council pursuant to s. 4(5) of the Act "respecting the exercise or performance of its powers, duties and functions under this Act", and, of course, subject also to regulations by the Governor in Council, its broad powers under s. 7(1)(a) to take such action as is necessary to stabilize prices of agricultural commodities at their respective prescribed prices remain unfettered. True, these powers are to be exercised in accordance with the Act, which simply brings into account s. 4(5) and the regulation-making authority of the Governor in Council under s. 11(a).

pour stabiliser au niveau prescrit les prix des produits agricoles» montrent que cet alinéa vise un tout autre type de pouvoir discrétionnaire. Le paragraphe 7(2) va encore plus loin dans le même sens en précisant que ces mesures «doivent être prises relativement à ce produit agricole, ou relativement à la catégorie, la qualité, la variété, la classe, le type ou la forme de ce produit que l'Office estime appropriés, et en fonction de l'endroit ou des endroits qu'il considère opportuns». De plus, il faut interpréter ces deux dispositions avec l'al. 10(1)b) et le par. 9(1) qu'il est utile de répéter:

10. (1) Sous réserve et en conformité de tous règlements qu'il est loisible au gouverneur en conseil d'édicter, l'Office peut

b) payer à ceux qui ont réalisé un produit agricole, directement ou par l'intermédiaire de l'agent que l'Office peut déterminer, l'excédent du prix prescrit sur un prix déterminé par l'Office comme étant le prix moyen auquel ce produit se vend sur tels marchés et pendant telles périodes, que l'Office juge appropriés;

9. (1) Les mesures prises par l'Office aux termes de l'alinéa 10(1)a), b) ou c), relativement à un produit agricole, deviennent exécutoires à telle époque, chaque année, que détermine l'Office, et doivent rester en vigueur par la suite pendant une période de douze mois ou, dans le cas d'un produit désigné, pendant telle autre période que le gouverneur en conseil prescrit.

A moins que l'Office ne reçoive du Ministre ou du gouverneur en conseil, suivant le par. 4(5), des instructions «en ce qui concerne l'exercice de ses pouvoirs et fonctions ou l'accomplissement de ses devoirs sous le régime de la présente loi», et, bien entendu, sous réserve également de tout règlement que peut établir le gouverneur en conseil, les pouvoirs étendus que lui confère l'al. 7(1)a) de prendre les mesures nécessaires pour stabiliser au niveau prescrit les prix des produits agricoles demeurent sans entrave. Bien sûr, l'exercice de ces pouvoirs doit se faire conformément à la Loi, mais cela fait simplement entrer en jeu le par. 4(5) et le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par l'al. 11a).

It is this last mentioned authority which, coupled with the absence of any explicit mention of quantities elsewhere in the Act, is at the base of the trial judge's decision and of the contentions of the appellant. Section 11(a) deserves repeating:

11. The Governor in Council may make regulations,  
(a) establishing ceilings on the quantity or value of an agricultural commodity eligible for price stabilization under this Act;

What is significant to me about this provision is that it does not mention floors, only ceilings, nor are floors mentioned elsewhere in the Act. The contention of the appellant must go so far as to deny authority to the Board to fix floors, here the 25,000 lb. floor limit, and hence to preclude it from subtracting this quantity before measuring entitlement to subsidy. In the light of the Board's duty to take such action as is necessary (that is necessary in the view of the Board, subject to such direction as may be given by the Minister or Governor in Council) to stabilize the price of an agricultural commodity, I find it unreal to suggest that the Board cannot, in discharging this duty, hive off small producers or hobby farmers whose production would not, in the Board's view, assist in stabilizing prices. If, as seems to me to be the case, the Board can fix a minimum, why not a maximum beyond which assistance, again in its view, is not needed to achieve price stabilization?

I do not think that the Act can be properly understood without taking into account the process or the procedures which lead to a price stabilization scheme. The Regulations involved in this case were promulgated on the recommendation of the Minister of Agriculture and the Treasury Board. Not all the stabilization schemes (a number of which I have examined) refer to the Treasury Board. For example, the *Barley Stabilization Regulations, 1977-78*, SOR/79-542 of July 26, 1979 do not refer to the Treasury Board. Nor do the *Hog Stabilization 1979-80 Regulations*, SOR/80-515 of July 7, 1980. On the other hand, the *Potato Stabilization Regulations, 1977*, SOR/78-445 of May 12, 1978 refer to the Treasury

C'est ce dernier pouvoir qui, ajouté à l'absence d'une mention explicite de quantités ailleurs dans la Loi, constitue le fondement de la décision du juge de première instance et des prétentions de l'appellante. Il convient de répéter l'al. 11 a):

11. Le gouverneur en conseil peut, par règlement,  
a) fixer des plafonds quant à la quantité ou à la valeur d'un produit agricole dont le prix est susceptible d'être stabilisé en vertu de la présente loi;

L'aspect important de cette disposition, selon moi, est qu'elle fait mention de plafonds seulement, non pas de planchers, et qu'il n'y a aucune mention de planchers ailleurs dans la Loi. La prétention de l'appellante doit aller jusqu'à refuser à l'Office le pouvoir de fixer des planchers, en l'espèce le plancher de 25,000 livres, et, partant, jusqu'à l'empêcher de soustraire cette quantité avant de déterminer le droit à une subvention. Vu le devoir de l'Office de prendre les mesures nécessaires (c'est-à-dire que l'Office estime nécessaires, sous réserve des instructions que peuvent lui donner le Ministre ou le gouverneur en conseil) pour stabiliser le prix d'un produit agricole, j'estime peu réaliste de prétendre que l'Office ne peut, en s'acquittant de ce devoir, faire abstraction des petits producteurs et des cultivateurs-amateurs dont la production n'aiderait pas, selon l'Office, à stabiliser les prix. Si, comme ce me semble être le cas, l'Office peut fixer un minimum, pourquoi pas un maximum au-delà duquel, toujours d'après lui, aucune aide n'est requise pour obtenir une stabilisation des prix?

Je ne pense pas que l'on puisse bien comprendre la Loi sans tenir compte du processus ou des procédures qui aboutissent à un plan de stabilisation des prix. Le Règlement dont il s'agit en l'espèce a été promulgué sur la recommandation du ministre de l'Agriculture et du Conseil du Trésor. Ce ne sont pas tous les plans de stabilisation des prix (j'en ai examiné plusieurs) qui font mention du Conseil du Trésor. Par exemple, ni le *Règlement de 1977-78 sur la stabilisation du prix de l'orge*, DORS/79-542 du 26 juillet 1979 ni le *Règlement de 1979-1980 sur la stabilisation du prix du porc*, DORS/80-515 du 7 juillet 1980 ne le mentionnent. Le *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes de terre (1977)*,

Board as well as to the Minister of Agriculture. It is obvious, from the fact that the initial presentation of the Minister in respect of the proposed apple stabilization program was to the Treasury Board, that the financial outlay to support the subsidy program was an important matter. I have already referred to the Minister's statement to the Treasury Board but the record shows that the Agriculture Stabilization Board adopted, if indeed it did not initiate or propose the minimum and maximum eligible quantities which the Minister put before the Treasury Board. A press release from the Minister's office was made concurrently with the promulgation of the *Apple Stabilization Regulations* and it mentioned the minimum and maximum quantity limits as well as other features of the program, including the subsidy allowances.

The *Apple Stabilization Regulations* do not specify either quantity ceilings or floors. Some of the programs for other agricultural commodities do contain ceilings; for example, the *Hog Stabilization 1979-80 Regulations*, referred to earlier, and also the *Potato Stabilization Regulations, 1977*, also referred to above. What then is the effect of the failure or omission of the Governor in Council to establish a ceiling on quantity under the *Apple Stabilization Regulations*? In view of what went on before the Regulations were promulgated, this was a calculated omission and it must have been considered that the Board could fix floors and ceilings, either *suo motu* or at the direction of the Minister. If the Governor in Council had fixed a ceiling, I do not see that it would have been open to the Board to operate on a lower ceiling as Ryan J.A. suggests; the Governor in Council's ceiling would be the operative one.

However, since the matter was left open, I am of the opinion that the Board's duties and powers were sufficient to enable it, in the interests of a workable price stabilization program, to set quantity limits below which and above which the subsidy fixed in the Regulations would not be paid. No doubt, the Act could have been more precise

DORS/78-445 du 12 mai 1978, par contre, fait mention aussi bien du ministre de l'Agriculture que du Conseil du Trésor. Il ressort clairement du fait que le Ministre a adressé au Conseil du Trésor ses premières observations sur le projet de programme de stabilisation du prix des pommes, que la question des fonds nécessaires pour soutenir le programme de subventions était chose importante. J'ai déjà cité la déclaration qu'a faite le Ministre au Conseil du Trésor, mais il se dégage du dossier que l'Office de stabilisation des prix agricoles a adopté, sinon introduit ou proposé, les quantités minimales et maximales ouvrant droit à une subvention et que le Ministre les a présentées au Conseil du Trésor. Un communiqué émanant du cabinet du Ministre, dont la publication a coïncidé avec la promulgation du *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes*, parlait des limites quantitatives minimales et maximales ainsi que d'autres aspects du programme, y compris les subventions.

Le *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes* ne précise ni plafonds ni planchers quantitatifs. Mais certains programmes visant d'autres produits agricoles comportent des plafonds; par exemple le *Règlement de 1979-1980 sur la stabilisation du prix du porc* ainsi que le *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes de terre (1977)*, précités. Qu'arrive-t-il donc si le gouverneur en conseil n'établit pas un plafond quantitatif en application du *Règlement sur la stabilisation du prix des pommes*? Compte tenu de ce qui se passait avant la promulgation du *Règlement*, il s'agit là d'une omission intentionnelle et on a dû estimer que l'Office peut, soit de son propre chef, soit sur l'ordre du Ministre, fixer des planchers et des plafonds. Si le gouverneur en conseil avait fixé un plafond, à mon avis, l'Office n'aurait pas pu, comme le laisse entendre le juge Ryan de la Cour d'appel, imposer un plafond inférieur; le plafond applicable serait celui du gouverneur en conseil.

Toutefois, vu que la question n'a pas été tranchée, je suis d'avis que les devoirs et les pouvoirs de l'Office suffisent pour lui permettre, dans l'intérêt d'un programme efficace de stabilisation des prix, de fixer des limites quantitatives en dehors desquelles ne sera pas versée la subvention que prévoit le *Règlement*. Sans doute, la Loi aurait-elle



on the matter but, given the nature of the legislation and the administrative authority vested in the Board and the absence of any preclusion in the Act when the Governor in Council has not dealt with quantities, I would not deny the Board the right to fix top and bottom limits for the subsidy payments.

The Court was referred, during the course of the argument, to various authorities, but I do not find any of them to be helpful in this case, one of first impression. *British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610, relied on by the respondent, deserves, however, a mention. In that case, the relevant legislation empowered the Board of Trade (which was replaced by the Minister of Technology) to make grants ("may make grants") to any person carrying on business in Great Britain in respect of capital expenditure in providing new machinery or plant for use in the business for carrying on a "qualifying industrial process", as defined in the legislation. The House of Lords, affirming the Court of Appeal, could find no limitation on the Minister's discretion to grant or refuse a grant to persons meeting the prescribed conditions of eligibility. No policy was indicated for the Minister to follow in exercising his discretion. Thus, it was open to the Minister to deny a grant on any item of plant costing less than £25, unless used in conjunction with other items. As Lord Reid put it, there were only two limitations on the unqualified exercise of discretion; the Minister must act in good faith and its discretion must not be so unreasonably exercised as to show that there cannot have been any real or genuine exercise of the discretion. I am bound to agree with counsel for the appellant that the *British Oxygen* case deals with legislation of a different order, much different from that in the present case.

Here, the question whether a subsidy will be paid is not left to uncontrolled administrative discretion, but stems from the promulgation of a

pu être plus précise sur la question, mais, étant donné la nature de la législation, le pouvoir administratif dont l'Office est investi et l'absence de tout empêchement dans la Loi lorsque le gouverneur en conseil n'a pas fixé de quantités, je ne refuserais pas à l'Office le droit de fixer des limites inférieures et supérieures aux subventions.

On a cité à la Cour, pendant les plaidoiries, divers arrêts que je ne trouve d'aucune utilité dans une espèce qui vient pour la première fois devant cette Cour. Il convient cependant de mentionner l'arrêt *British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610, invoqué par l'intimé. Dans cette affaire, la loi applicable conférait au Board of Trade (auquel est venu se substituer le Minister of Technology) le pouvoir d'accorder des subventions [TRADUCTION] («peut accorder des subventions») à tout exploitant d'une entreprise en Grande-Bretagne, au titre de dépenses en immobilisations faites pour des machines et du matériel nouveaux destinés à être utilisés dans l'entreprise au cours d'un [TRADUCTION] «processus industriel admissible», suivant la définition qu'en donnait la loi. La Chambre des lords, qui a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel, n'a pu conclure à une restriction au pouvoir discrétionnaire du Ministre d'accorder ou de refuser une subvention aux personnes qui remplissaient les conditions prescrites. Rien n'indiquait au Ministre une politique à suivre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Celui-ci avait donc toute liberté de refuser de subventionner des machines dont le prix était inférieur à £25, à moins qu'elles ne soient utilisées avec d'autres machines. Comme l'a dit lord Reid, le libre exercice du pouvoir discrétionnaire ne connaissait que deux restrictions, savoir l'obligation du Ministre d'agir de bonne foi et de ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable au point où il est évident qu'il n'a pas pu y avoir un véritable exercice de ce pouvoir. Je me vois dans l'obligation de partager l'avis de l'avocat de l'appelante que l'arrêt *British Oxygen* porte sur une loi d'un ordre différent, bien différent de celle dont il s'agit en l'espèce.

Ici la question de l'opportunité de verser une subvention relève non pas d'un pouvoir discrétionnaire administratif sans restriction, mais plutôt de

program in pursuance of the *Agricultural Stabilization Act* and in accordance with its provisions. This being said, however, the terms of the Act and applicable Regulations must be construed to determine what powers and authority are vested in the Agricultural Stabilization Board. For the reasons I have given, the Board did not transgress any applicable limitations on those powers and authority. I would, accordingly, dismiss this appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

la promulgation d'un programme en application de la *Loi sur la stabilisation des prix agricoles* et conformément à ses dispositions. Cela dit, toutefois, il faut interpréter les termes de la Loi et du Règlement applicable pour déterminer les pouvoirs et l'autorité dont l'Office de stabilisation des prix agricoles est investi. Pour les motifs que j'ai exposés, l'Office n'a violé aucune restriction applicable à ces pouvoirs et à cette autorité. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: R. Tassé, Ottawa.*

**The Minister of Finance of the Province of New Brunswick and the Minister of Justice of the Province of New Brunswick**  
*Appellants;*

and

**Simpsons-Sears Limited** *Respondent;*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta** *Interveners.*

File No.: 16209.

1981: December 14; 1982: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF NEW BRUNSWICK

*Constitutional law — Taxation — Provincial sales tax — Free distribution of catalogues — Ultimate consumer for tax purposes — Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, ss. 4, 5, 7, 8, 11.2 — British North America Act, 1867, s. 92(2).*

Appellants taxed respondent company for free distribution of catalogues to its customers in New Brunswick from 1975 to 1977, relying on the 1978 amendment of the *Social Services and Education Tax Act* which covered those years retrospectively. In an earlier case this Court ruled against the taxation imposed by the Act prior to amendment. Respondent successfully contended before the Court of Appeal that it was not the ultimate consumer, and as such the taxation was indirect. The issue raised under the applicable legislation is whether the taxation of the company in respect of the free distribution of its catalogues in New Brunswick is "Direct Taxation within the Province".

*Held:* The appeal should be allowed.

**Le ministre des Finances de la province du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice de la province du Nouveau-Brunswick** *Appelants;*

<sup>a</sup> et

**Simpsons-Sears Limitée** *Intimée;*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta** *Intervenants.*

<sup>d</sup> N° du greffe: 16209.

1981: 14 décembre; 1982: 26 janvier.

<sup>e</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

<sup>f</sup> *Droit constitutionnel — Droit fiscal — Taxe de vente provinciale — Distribution gratuite de catalogues — Dernier consommateur aux fins de la taxation — Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, chap. S-10, art. 4, 5, 7, 8, 11.2 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(2).*

<sup>g</sup> Les appelants ont imposé à la compagnie intimée une taxe applicable aux catalogues distribués gratuitement, depuis 1975 jusqu'en 1977, à ses clients du Nouveau-Brunswick; pour ce faire, ils ont invoqué la modification de 1978 de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation*, qui s'applique rétroactivement à ces années. Dans un arrêt antérieur, cette Cour a décidé que la Loi, avant l'apport de cette modification, ne permettait pas cette taxation. L'intimée a fait valoir avec succès devant la Cour d'appel qu'elle n'était pas le dernier consommateur et qu'il s'agissait donc d'une taxation indirecte. La question soulevée par les dispositions applicables de la Loi est de savoir si l'imposition d'une taxe à la compagnie relativement à la distribution gratuite de ses catalogues au Nouveau-Brunswick est une «taxation directe dans les limites de la province».

<sup>j</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

The company fell within the terms of the amended Act, so far as construction and application were concerned, and those amendments made this Court's earlier judgment that the tax was not valid inapplicable here. That the company carried on business in the province and distributed the catalogues for promotional purposes within the province established a valid tax base within the province subject to the tax being direct.

The tax was direct. It took no account of what ultimately happened to the catalogues and was unrelated to any purchases made from them. Further, there was no traceable way in which the tax could be passed on. Indeed, the tax was not related or relateable to any unit of a commodity or its price; no commodity was involved. The possibility of the company recouping the tax in its overall pricing structure was no ground for classifying the tax as indirect.

*Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Attorney General of Newfoundland v. Avalon Telephone Co. Ltd.* (1962), 33 D.L.R. (2d) 402; *Franklin Enterprises Ltd. v. Province of Nova Scotia* (1981), 45 N.S.R. (2d) 604; *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *R. v. Caledonian Collieries, Limited*, [1928] A.C. 358; *Charlottetown v. Foundation Maritime Ltd.*, [1932] S.C.R. 589; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *C.P.R. v. Attorney General for the Province of Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231, referred to.

APPEAL from a decision of the New Brunswick Court of Appeal (1980), 113 D.L.R. (3d) 36, 30 N.B.R. (2d) 151, 70 A.P.R. 151, dismissing an appeal from a judgment of Stratton J. holding that the taxation imposed on the respondent in respect of catalogues distributed free in the province was indirect. Appeal allowed.

*Richard C. Speight and Alan Reid*, for the appellants.

*R. M. Sedgewick, Q.C., E. Neil McKelvey, Q.C.*, and *E. G. Nazzar*, for the respondent.

*Blenus Wright, Q.C.*, and *Elizabeth Goldberg*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jean-K. Samson and Jean-François Jobin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

La compagnie est assujettie à la Loi modifiée sur les plans de l'interprétation et de l'application et ces modifications rendent inapplicable en l'espèce l'arrêt antérieur de cette Cour déclarant invalide cette taxe. Le fait que la compagnie exploite un commerce dans la province et y distribue des catalogues à des fins publicitaires suffit à donner un fondement valable à la taxe dans les limites de la province à la condition que la taxe soit directe.

La taxe est directe. Elle ne dépend aucunement de ce qu'il advient aux catalogues et elle n'est fonction d'aucun achat fait par catalogue. En outre, il n'y a pas moyen de discerner la façon dont la taxe pourrait être reportée. La taxe n'est et ne peut-être liée à aucune marchandise en particulier ou au prix d'une marchandise; aucune marchandise n'est en cause. La possibilité que la compagnie récupère la taxe par sa structure de prix n'est pas un motif qui permet de considérer cette taxe comme indirecte.

Jurisprudence: *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Attorney General of Newfoundland v. Avalon Telephone Co. Ltd.* (1962), 33 D.L.R. (2d) 402; *Franklin Enterprises Ltd. v. Province of Nova Scotia* (1981), 45 N.S.R. (2d) 604; *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney General for Ontario*, [1897] A.C. 231; *R. v. Caledonian Collieries, Limited*, [1928] A.C. 358; *Charlottetown c. Foundation Maritime Ltd.*, [1932] R.C.S. 589; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *C.P.R. c. Procureur général de la province de la Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1980), 113 D.L.R. (3d) 36, 30 N.B.R. (2d) 151, 70 A.P.R. 151, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Stratton qui a conclu que la taxe imposée à l'intimée relativement à la distribution gratuite de catalogues dans la province est indirecte. Pourvoi accueilli.

*Richard C. Speight et Alan Reid*, pour les appellants.

*R. M. Sedgewick, c.r., E. Neil McKelvey, c.r.*, et *E. G. Nazzar*, pour l'intimée.

*Blenus Wright, c.r.*, et *Elizabeth Goldberg*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean-K. Samson et Jean-François Jobin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Reinhold M. Endres and James G. Spurr*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*D. D. Blevins and T. G. Hague*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Donald L. Clancy*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Ralph Thompson*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

*William Henkel, Q.C.*, and *Nolan D. Steed*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*W. N. Lawton, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*T. B. Smith, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The question in this appeal is whether the Legislature of New Brunswick, in amending its *Social Services and Education Tax Act*, R.S.N.B. 1973, c. S-10, by 1978 (N.B.), c. 55 has overcome the frailties in the Act which precluded it from lawfully taxing the respondent company in respect of the free distribution of catalogues to persons in the province. This Court decided, by a majority judgment reported in [1978] 2 S.C.R. 869, that the taxation could not be supported under the Act as it stood before the 1978 amendments. That judgment related to catalogues distributed in 1972. The present appeal relates to catalogues distributed in 1975, 1976 and 1977. The amendments in 1978 covered those years retroactively, but nothing turns on this feature of the case.

As in the former case, the catalogues were either shipped in bulk from Ontario and distributed in New Brunswick by the respondent (which carries on business in that province as well as elsewhere in Canada) to customers and prospective customers or were mailed from Ontario directly to individual customers in New Brunswick whose names are made known by the company's New Brunswick offices. The issue raised under the applicable legislation is whether the taxation of the company in

*Reinhold M. Endres et James G. Spurr*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*D. D. Blevins et T. G. Hague*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Donald L. Clancy*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Ralph Thompson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*William Henkel, c.r.*, et *Nolan D. Steed*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*W. N. Lawton, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*T. B. Smith, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question soulevée dans ce pourvoi est celle de savoir si en modifiant la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation*, L.R.N.-B. 1973, chap. S-10, par 1978 (N.-B.), chap. 55, la législature du Nouveau-Brunswick a corrigé ce qui ne lui permettait pas de taxer la compagnie intimée à l'égard de la distribution gratuite de catalogues à des résidents de la province. Cette Cour a décidé, à la majorité, dans un arrêt publié à [1978] 2 R.C.S. 869, que la Loi, dans son texte antérieur à la modification de 1978, ne permettait pas cette imposition. Cet arrêt visait des catalogues distribués en 1972. Le présent pourvoi a trait à des catalogues distribués en 1975, 1976 et 1977. Les modifications de 1978 s'appliquent à ces années de façon rétroactive, mais cet aspect de l'affaire n'est pas en cause.

Comme dans la première affaire, les catalogues ont été soit expédiés en nombre de l'Ontario et distribués par l'intimée (qui exploite son entreprise au Nouveau-Brunswick et ailleurs au Canada) à des clients réels et éventuels au Nouveau-Brunswick, soit postés directement de l'Ontario à des clients précis du Nouveau-Brunswick selon les indications des bureaux de la compagnie dans cette province. La question soulevée par les dispositions applicables de la Loi est celle de savoir si l'imposi-

respect of the free distribution of its catalogues in New Brunswick is "Direct Taxation within the Province" under s. 92(2) of the *British North America Act, 1867*. Stratton J. of the New Brunswick Queen's Bench held that the taxation was indirect and this conclusion was affirmed in a majority judgment of the Court of Appeal, Limerick J.A. dissenting.

Following the judgments in the New Brunswick Courts, and leave to appeal here having been given, the following constitutional question was fixed for determination:

Are the provisions of The Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B., 1973, Chapter S-10 under which a promotional distributor is taxed in respect of the provision of goods by way of promotional distribution, *intra vires* the legislature of New Brunswick in respect of:

- (a) catalogues brought into the Province by the Respondent and distributed in the Province to the Respondent's customers and prospective customers, without charge?
- (b) catalogues mailed from outside the Province directly to the Respondent's customers in the Province, without charge?

In the earlier case which came to this Court under the legislation as it stood before the 1978 amendments, Barry J. held that the company was not properly taxable but his judgment was set aside by the Court of Appeal. This Court, in turn, restored the judgment of Barry J., and it is clear from the reasons of Stratton J. and of the Court of Appeal in the present case that they relied heavily on this Court's earlier judgment in the matter in finding in favour of the company. I turn therefore to consider that judgment and the state of the legislation to which it was directed before dealing with the amendments made in 1978.

The majority judgment delivered by Ritchie J. turned on the construction and application of the Act before it was amended. I wrote concurring reasons on construction, but did not join in Ritchie J.'s further opinion that if he were wrong in construction of the Act then, in any event, it imposed

tion de la compagnie en raison de la distribution gratuite de ses catalogues au Nouveau-Brunswick est une «taxation directe dans les limites de la province» au sens du par. 92(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Le juge Stratton de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a conclu qu'il s'agissait d'une taxe indirecte et la Cour d'appel a confirmé, à la majorité, cette décision, le juge Limerick étant dissident.

A l'issue des décisions des cours du Nouveau-Brunswick et une fois la permission d'en appeler à cette Cour accordée, la question constitutionnelle suivante a été formulée:

Les dispositions de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation*, L.R.N.-B. 1973, chapitre S-10, en vertu de laquelle un agent de distribution publicitaire est taxé en raison de la fourniture de biens sous forme de distribution publicitaire, sont-elles *intra vires* de la législature du Nouveau-Brunswick à l'égard:

- a) des catalogues que l'intimée apporte dans la province et qu'elle distribue gratuitement à ses clients actuels et éventuels?
- b) des catalogues postés de l'extérieur de la province directement aux clients de l'intimée dans la province, gratuitement?

Dans la première affaire, qui a été jugée en cette Cour en fonction du texte de loi antérieur aux modifications de 1978, le juge Barry avait conclu que la compagnie ne pouvait être taxée, mais la Cour d'appel a infirmé sa décision. Cette Cour a, par la suite, rétabli la décision du juge Barry et il est manifeste, d'après les motifs du juge Stratton et ceux de la Cour d'appel en l'espèce, qu'ils se sont fiés dans une large mesure sur l'arrêt antérieur de cette Cour sur la question pour conclure en faveur de la compagnie. Je vais donc étudier cet arrêt et les textes législatifs auxquels il s'appliquait avant de m'arrêter aux modifications apportées en 1978.

Le jugement rendu par le juge Ritchie au nom de la majorité repose sur l'interprétation et l'application de la Loi avant sa modification. J'ai rédigé des motifs concordants sur l'interprétation, mais je n'ai pas souscrit à l'opinion supplémentaire du juge Ritchie selon laquelle, s'il avait tort sur l'interpré-

an indirect tax. His reasons on both construction and constitutionality were supported by Judson, Spence and Dickson JJ. Since there was a dissent by Pigeon J., in which Martland, Beetz and de Grandpré JJ. joined, (a dissent turning largely on the construction and application of the taxing statute and implicitly recognizing its constitutionality) it is obvious that it was only on the question of construction and application that there was a majority judgment of this Court.

The central point taken by the majority was that under the relevant legislation it was the ultimate consumer who was taxed either as a result of consumption of goods after a retail sale in the province or as by use of the goods within the province. The charging section of the Act, s. 4, was in these terms:

4. Every consumer of goods consumed in the Province shall pay to the Minister for the raising of a revenue for Provincial purposes, a tax in respect of the consumption of such goods, computed at the rate of eight per centum of the fair value of such goods.

“Consumer” and “consumption” were defined in s. 1(b) and (c) as follows:

1. In this Act, unless the context otherwise requires

(b) “consumption” includes use and also includes the incorporation into any structure, building, or fixture, of goods including those manufactured by the consumer or further processed or otherwise improved by him;

(c) “consumer” means a person who

(i) utilizes or intends to utilize within the Province goods for his own consumption, or for the consumption of any other person at his expense; . . .

Ritchie J. also brought into account s. 5(1) and s. 7(1) which were, respectively, as follows:

5. (1) If the goods to be consumed are purchased at a retail sale within the Province, the consumer shall pay such tax computed on the fair value of the goods at the time of such purchase.

7. (1) In case of a retail sale within the Province, *the tax shall be payable by the purchaser* at the time of the

tation de la Loi, elle imposait de toute façon une taxe indirecte. Les juges Judson, Spence et Dickson ont souscrit à ses motifs relatifs à l'interprétation et à la constitutionnalité. Puisque le juge Pigeon était dissident et que les juges Martland, Beetz et de Grandpré l'ont suivi (dissidence qui portait principalement sur l'interprétation et l'application de la loi fiscale et qui reconnaît implicitement sa constitutionnalité), il est manifeste que ce n'est que sur l'aspect interprétation et application qu'il y a eu un avis majoritaire de cette Cour.

Le point central des motifs de la majorité est qu'en vertu de la loi pertinente, c'était le dernier consommateur qui était taxé soit par suite de la consommation des marchandises après une vente au détail dans la province ou par suite de l'utilisation des marchandises dans la province. L'article de la Loi qui crée l'impôt est l'art. 4; il était ainsi rédigé:

4. Afin de créer un revenu pour des fins provinciales, tout consommateur de marchandises consommées dans la province doit verser au Ministre une taxe sur la consommation de ces marchandises au taux de huit pour cent de leur juste valeur.

«Consommateur» et «consommation» étaient définis aux al. 1b) et c) dans les termes suivants:

1. Dans la présente loi, sous réserve du contexte:

b) «consommation» comprend l'utilisation ainsi que l'incorporation de marchandises dans toute structure, tout bâtiment ou tout agencement, notamment de ceux qui sont fabriqués par le consommateur, ou que ce dernier transforme de nouveau ou améliore de toute autre façon;

c) «consommateur» désigne une personne

(i) qui utilise ou se propose d'utiliser des marchandises pour sa propre consommation, ou pour la consommation de toute autre personne à ses propres frais dans la province, . . .

Le juge Ritchie a aussi mentionné le par. 5(1) et le par. 7(1) qui étaient alors ainsi conçus:

5. (1) Si les marchandises à consommer sont achetées lors d'une vente au détail dans la province, le consommateur doit payer cette taxe sur la juste valeur de ces marchandises au moment de leur achat.

7. (1) Lorsqu'une vente au détail est effectuée dans la province, *l'acheteur paye la taxe* au moment de l'achat

purchase on the whole amount of the purchase price. [The italics are those of Ritchie J.]

He then assessed the thrust of the statute in respect of a retail sale within the province in these words (at p. 887):

The "tax" referred to in both these sections is obviously "the tax" imposed by s. 4 which is the charging section and when that section is read in light of s. 5(1) the "consumption" therein referred to is to be construed as meaning *a consumption after sale* if the goods are to be purchased at retail within the Province. For these purposes "a sale" is an essential component of the taxable consumption and where there has been such a sale the tax "shall be payable by the purchaser" under s. 7(1).

This interpretation is reinforced by reference to many other sections of the Act. I refer by way of example to s. 17 which reads:

17. The tax imposed by section 4 and payable under subsection (1) of section 5, ... shall be collected or made [paid?] as the case may be at the time of the purchase *on the whole amount of the purchase price*. [The italics are those of Ritchie J.]

And there is the further passage (at p. 888):

In the present case there is no sale of catalogues within or without the Province either at retail or otherwise. The appellant is the producer, not the purchaser of the catalogues and potential customers receive them free of charge. I have referred to the last cited sections only to show that the original concept of a sales tax payable by the consumer purchaser is maintained in the present statute in respect of retail sales within the Province. The question here, however, is whether in the case of goods not purchased within or without the Province the language employed in the statute serves to convert a free distributor into a taxable consumer.

Finally, on construction and application, he considered the effect of s. 5(2), imposing a tax in respect of the consumption of goods not purchased at a retail sale in the province. This provision was in these words:

5. ...

(2) If the goods are not purchased at a retail sale within the Province, the consumer shall pay such tax on the fair value thereof, determined in the manner following, namely:

(a) if the goods are primarily intended for consumption by use only, such tax shall be computed on the

sur le plein montant du prix d'achat. [Les italiques sont au juge Ritchie.]

Il évalue ensuite la portée de la Loi à l'égard d'une vente au détail dans la province dans le passage suivant (à la p. 887):

La «taxe» mentionnée dans ces deux articles est évidemment «la taxe» prévue à l'art. 4 qui est l'article taxateur et, quand cette disposition et le par. 5(1) sont pris ensemble, on doit interpréter la «consommation» comme *une consommation après vente* si les marchandises sont achetées au détail dans la province. A cette fin, «une vente» est un élément essentiel de la consommation taxable et, lorsqu'il y a pareille vente, «l'acheteur paye» la taxe conformément au par. 7(1).

D'autres articles de la Loi appuient cette interprétation. Par exemple, je peux citer l'art. 17:

17. La taxe imposée par l'article 4 et payable en application du paragraphe 5(1), ... doit être versée au moment de l'achat, *sur le plein montant du prix d'achat*. [Les italiques sont au juge Ritchie.]

Il y a aussi cet autre passage (à la p. 888):

En l'espèce, il n'y a pas de vente de catalogues à l'intérieur ou à l'extérieur de la province, au détail ou autrement. L'appelante est le producteur, non l'acheteur des catalogues, et les clients éventuels les reçoivent gratuitement. J'ai cité les articles ci-dessus dans le seul but de montrer que le concept initial de taxe de vente payable par le consommateur-acheteur se retrouve dans la loi actuelle pour les ventes au détail à l'intérieur de la province. Mais la question en l'espèce est de savoir si, dans le cas de marchandises qui ne sont achetées ni à l'intérieur ni à l'extérieur de la province, les termes de la Loi transforment un distributeur en un consommateur assujéti à la taxe.

Enfin, quant à l'interprétation et à l'application, il a examiné la portée du par. 5(2), qui impose une taxe à l'égard de la consommation de biens qui n'ont pas été l'objet d'une vente au détail dans la province. Ce paragraphe était ainsi conçu:

5. ...

(2) Si les marchandises ne sont pas achetées lors d'une vente au détail dans la province, le consommateur doit payer cette taxe sur leur juste valeur déterminée de la façon suivante:

a) si la consommation de ces marchandises doit essentiellement se faire par l'usage, cette taxe doit être



fair value of the goods at the time they are brought into the Province;

(b) if the goods are primarily intended for consumption otherwise than by use only, such tax shall be computed on the fair value of the goods at the time of consumption. <sup>a</sup>

He dealt with this provision as follows:

The word "consumption" as it occurs in the phrase "consumption by use" and "consumption otherwise than by use" in this subsection must, as it seems to me, connote something more than and different from "use" simpliciter, and in my opinion it is to be construed in this context as importing finality so that the consumer either by use or otherwise is the ultimate consumer and it is he who bears the tax. Incidental use such as that which the appellant makes of its catalogue is not, in my opinion, "consumption" within the meaning of this section or of s. 4 of the statute.

To construe the definition of "consumption" in s. 1(b) as meaning that every "use of goods" is taxable under the statute, in my view, if read literally could give rise to the absurdity that whenever a citizen uses an article his use attracts the tax. I cannot attribute this intention to the Legislature and find it more reasonable to interpret the definition as being directed to "ultimate use". <sup>d</sup>

The catalogues in this case are not finally consumed by the appellant who distributes them for the benefit of such of the recipients as make retail purchases from them. The distribution merely places the catalogues in the hands of potential customers for use by them in making purchases within the Province, but it is the purchase of the goods and not the distribution or receipt of the catalogues which attracts the tax. <sup>f</sup>

The dissenting reasons of Pigeon J. rejected what he said was the main submission of the company, namely, that the actual users of the catalogues, the ultimate consumers intended to be taxed were the persons to whom the catalogues were given by the company. In his view, the case turned mainly on the application of s. 7(2) and (3) of the Act. These provisions were as follows: <sup>i</sup>

7. (1) ...

(2) Every person who brings or causes to be brought into the Province or who receives delivery in the Province of goods, for his own consumption or for the

calculée sur leur juste valeur au moment où elles sont apportées dans la province;

b) si la consommation de ces marchandises doit essentiellement se faire de façon autre que par le seul usage, cette taxe doit être calculée sur leur juste valeur au moment de leur consommation.

Voici ce qu'il dit au sujet de cette disposition:

Le mot «consommation» utilisé dans les expressions «consommation ... par l'usage» et «consommation ... autre que par le seul usage» dans ce paragraphe ne peut, à mon avis, signifier simplement «usage». On doit l'interpréter dans ce contexte compte tenu de la finalité, de sorte que le consommateur, par usage ou autrement, en soit le dernier consommateur et que ce soit celui-ci qui supporte la taxe. L'usage accessoire que l'appelante fait de ces catalogues ne constitue pas, selon moi, une «consommation» au sens de cet article ou de l'art. 4 de la Loi. <sup>c</sup>

Interpréter la définition de «consommation» du par. 1b) comme signifiant que chaque «usage de marchandises» est taxable en vertu de la Loi pourrait conduire, si on l'appliquait au pied de la lettre, à une situation absurde car chaque utilisation d'un article entraînerait l'imposition de la taxe. Je ne peux prêter cette intention à la législature et il me semble plus raisonnable de conclure que la définition vise le «dernier usage». <sup>e</sup>

En l'espèce, les catalogues ne sont pas consommés en dernier lieu par l'appelante car elle les distribue au profit de ceux des destinataires qui les utilisent pour faire des achats au détail. La distribution ne fait que mettre les catalogues à la disposition de clients éventuels qui peuvent les utiliser pour faire des achats à l'intérieur de la province, mais c'est l'achat de marchandises, non la distribution ou la réception des catalogues, qui est taxable. <sup>g</sup>

Les motifs de dissidence du juge Pigeon rejettent ce qui, d'après lui, était l'argument principal de la compagnie, soit que les usagers réels des catalogues, les derniers consommateurs qu'on avait voulu taxer étaient les personnes à qui la compagnie distribuait les catalogues. Selon lui, l'affaire dépendait principalement de l'application des par. 7(2) et (3) de la Loi. Ces dispositions étaient les suivantes:

7. (1) ...

(2) Quiconque apporte ou fait apporter des marchandises ou en prend livraison dans la province pour sa propre consommation ou pour la consommation d'une

consumption of another person at his expense, . . . shall immediately report the matter to the Commissioner . . . .

(3) If the goods so brought in are primarily intended for consumption by use only, he shall pay the tax payable with respect to their consumption at the time such goods are brought into the Province.

The learned Justice, after quoting the foregoing subsections, said this (at p. 881):

Assuming that, as urged by the appellant, the recipients of the catalogues are the ultimate users, it seems clear to me that Simpsons-Sears is a person who has caused those goods to be brought into the province for the use of other persons at its expense, seeing that under s. 1(b) consumption "includes use".

He dealt, further, with two other objections by the company to its taxability; first, that the tax was not meant to be a gift tax and that since the recipients of the catalogues were liable to tax a construction involving double taxation should be avoided. He rejected the gift tax contention by asserting that the free distribution of samples or other advertising material should be considered a business expenditure. Having regard to s. 11(gg) of the Act, the Legislature intended to tax catalogues and the free distribution thereof was a "use" under the Act. As to the double taxation argument, he assimilated the recipients of catalogues to guests at a banquet, the host being the person who bears any tax; and he added (at p. 882) that "the tax collector's claim [was not] to be defeated by the objection that the guests are legally liable for the tax and nothing exempts them". To hold otherwise would deprive the words of the statute "or for consumption of another person at his expense" of any meaning, and this would be contrary to what the Privy Council held under a similar provision in *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550, at pp. 566-67. In any event, Pigeon J. concluded, double taxation was not unconstitutional.

autre personne à ses propres frais, . . . doit immédiatement en faire rapport au commissaire . . .

(3) Si la consommation des marchandises ainsi apportées doit essentiellement se faire par l'usage, il doit payer la taxe due sur la consommation de ces marchandises au moment où celles-ci sont apportées dans la province.

Voici ce que dit le savant juge après avoir cité les paragraphes qui précèdent (à la p. 881):

A supposer, comme l'allègue l'appelante, que ceux qui reçoivent les catalogues en soient les derniers utilisateurs, il me semble évident que Simpsons-Sears est celui qui a fait venir ces marchandises dans la province à ses frais, pour l'usage d'autres personnes, puisqu'en vertu du par. 1b) consommation «comprend l'utilisation».

Il répond ensuite à deux objections de la compagnie à son assujettissement à la taxe: d'abord que la taxe n'est pas censée être un impôt sur les donations et que, puisque les personnes qui reçoivent les catalogues sont assujetties à l'impôt, il faut éviter l'interprétation qui donne lieu à la double imposition. Il rejette la prétention relative à l'impôt sur les donations en affirmant que la distribution gratuite d'échantillons et d'autre matériel publicitaire doit être considérée comme une dépense commerciale. Compte tenu de l'al. 11gg) de la Loi, la législature a voulu taxer les catalogues et leur distribution gratuite est une «utilisation» au sens de la Loi. Pour ce qui est de l'objection relative à la double imposition, il compare les personnes qui reçoivent les catalogues aux convives d'un banquet où c'est l'hôte qui est assujetti à la taxe. Il ajoute (à la p. 882) que «La réclamation du percepteur de l'impôt . . . [ne doit pas] être rejetée parce qu'on lui objectera que les convives sont légalement tenus de la taxe et que rien ne les en exempte». Autrement l'expression de la Loi «ou pour la consommation d'une autre personne à ses propres frais» n'aurait plus de sens et ce serait contraire à ce que le Conseil privé a déjà décidé au sujet d'une disposition semblable dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops, Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550, aux pp. 566 et 567. De toute façon, le juge Pigeon conclut que la double imposition n'est pas inconstitutionnelle.

The Amendments in 1978

The 1978 amendments to the *Social Services and Education Tax Act* left the charging section, s. 4, unchanged. However, significant changes were made in the definition provisions which added definitions of "promotional distribution" and "promotional distributor", a new definition of "purchaser" and a new definition of "sale". The added and new definitions read as follows:

"promotional distribution" means the provision by any person to others of any goods other than the provision thereof that is prescribed by the Minister to be excluded from the application of this paragraph that is, in the opinion of the Minister, provided for anyone or any of the following:

- (a) to describe, or to promote or encourage, the purchase, consumption or use of, any goods, wares, services or property of any kind,
- (b) to furnish to any person any directory, listing or compilation of persons, places, prices, services, commodities, places of business or users of any service, or
- (c) for any function, use or purpose prescribed by regulation to be promotional distribution;

"promotional distributor" means any person who is a resident of, or carries on business in the Province and who, by way of promotional distribution, provides or causes to be provided to any person in the Province any goods the full fair value of which is not specifically charged to, and required to be paid by, the person to whom such goods are provided;

"purchaser" means a consumer who acquires goods at a retail sale within the Province and includes also a promotional distributor to the extent that the full fair value of any goods provided by way of promotional distribution exceeds any payment specifically made therefor by the person to whom such goods are so provided;

"sale" includes

- (a) exchange, barter, sale on credit, conditional sale, sale where the price is payable by instalments, transfer of title conditional or otherwise, and any other contract whereby for a consideration a person delivers goods to another
- (b) a transfer of possession, conditional or otherwise, or a lease or a rental, determined by the Commissioner to be in lieu of a transfer of title, exchange or barter, and

Les modifications de 1978

Les modifications de 1978 apportées à la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* n'ont pas touché à l'art. 4, celui qui crée l'impôt.

<sup>a</sup> On a cependant apporté des changements importants à l'article qui donne les définitions, dont l'ajout des définitions de «distribution publicitaire» et d'«agent de distribution publicitaire», et la <sup>b</sup> refonte des définitions d'«acheteur» et de «vente». Les définitions ajoutées et remaniées se lisent comme ceci:

«distribution publicitaire» désigne la fourniture de marchandises par une personne à une autre personne, à <sup>c</sup> l'exception de celles que le Ministre soustrait à l'application du présent alinéa parce qu'elles ne concernent, selon lui, que ce qui suit;

- <sup>a</sup> la présentation, la provocation ou la stimulation de l'achat, de la consommation ou de l'utilisation de marchandises, de services ou de biens de toutes sortes;
- <sup>b</sup> la fourniture de répertoires, de listes ou de recueils de noms, de lieux, de prix, de services, de marchandises, d'établissements ou d'usagers d'un service; ou
- <sup>c</sup> une fonction, une utilisation ou un usage qualifiés de distribution publicitaire par règlement;

«agent de distribution publicitaire» désigne toute personne qui réside dans la province ou y exerce son activité et qui, par voie de distribution publicitaire, fournit ou <sup>f</sup> fait parvenir à une personne dans la province des marchandises sans lui en demander la juste valeur ni en exiger le paiement complet;

«acheteur» désigne un consommateur qui achète des marchandises au cours d'une vente au détail dans la province et s'entend également d'un agent de distribution publicitaire dans la mesure où la juste valeur des marchandises fournies par voie de distribution publicitaire est supérieure au prix qu'il en reçoit de l'acquéreur;

«vente» comprend

- <sup>a</sup> l'échange, le troc, la vente à crédit, la vente sous condition, la vente à tempérament le transfert conditionnel ou non d'un titre de propriété, et tout autre contrat en vertu duquel une personne délivre des marchandises à une autre personne moyennant contrepartie,
- <sup>b</sup> le transfert d'une possession, sous condition ou de toute autre façon, ou un bail ou une location que le commissaire détermine comme tenant lieu d'un transfert de titre de propriété, d'un échange ou d'un troc, et

(c) the provision by way of promotional distribution of any goods

c) la fourniture de marchandises par voie de distribution publicitaire;

Also significant was the revised definition of "consumption" and "use", now reading as follows:

a La définition révisée de «consommation» et «utilisation» est également importante. Elle se lit maintenant comme ceci:

"consumption" and "use" includes the provision by way of promotional distribution of any goods and the incorporation into any structure, building or fixture, of goods including those manufactured by the consumer or further processed or otherwise improved by him;

b «consommation» et «utilisation» comprennent la fourniture de marchandises par voie de distribution publicitaire et leur incorporation dans une structure, un bâtiment ou un agencement, notamment les marchandises qui sont fabriquées par le consommateur, ou que ce dernier transforme ou améliore de quelque façon;

Substantive changes included a substituted s. 5(2) and (3), a re-enactment of s. 8(1) and an amended s. 8(2) and a new s. 11.2. These provisions are, respectively, in these terms:

c Les changements de fond comprennent les nouveaux par. 5(2) et (3), une refonte du par. 8(1), des modifications du par. 8(2) et un nouvel art. 11.2. Ces dispositions sont conçues dans les termes suivants:

5(2) Every person who consumes within the Province goods acquired by him for resale, or who consumes within the Province goods manufactured, processed, or purchased by him within or without the Province shall, for the purpose of this Act, be conclusively deemed to have purchased that property at a retail sale in the Province.

d 5(2) Toute personne qui consomme dans la province des marchandises qu'il a acquises en vue de la revente, ou qui y consomme des marchandises qu'il a fabriquées, transformées ou achetées à l'intérieur ou à l'extérieur de la province, est, aux fins de l'application de la présente loi, réputée, d'une manière péremptoire, avoir acheté ces biens lors d'une vente au détail effectuée dans la province.

5(3) Where the Commissioner deems it necessary or advisable he may determine the fair value of any goods for the purposes of taxation under this Act and thereupon the fair value of such goods for such purpose shall be as so determined by him.

e 5(3) Lorsqu'il le juge nécessaire ou souhaitable, le commissaire peut déterminer, pour le calcul de la taxe prévue par la présente loi, la juste valeur des marchandises qui est alors celle qu'il a déterminée.

8(1) In case of a retail sale within the Province, the tax shall be payable by the purchaser at the time of the purchase on the whole amount of the purchase price.

f 8(1) Lorsqu'une vente au détail est effectuée dans la province, l'acheteur paye la taxe au moment de l'achat sur le plein montant du prix d'achat.

8(2) Every person who brings or causes to be brought into the Province or who receives delivery in the Province of goods, for his own consumption or for the consumption of another person at his expense, or, on behalf of or as agent for a principal who desires to utilize such goods for consumption by such principal or by any other person at his expense, shall immediately report the matter to the Commissioner and forward or produce to him the invoice, if any, in respect of such goods and any other information required by the Commissioner with respect to them and for the purposes of applying the tax under this Act such goods are deemed to have been purchased at a retail sale within the Province.

g 8(2) Quiconque apporte ou fait apporter des marchandises ou en prend livraison dans la province pour sa propre consommation ou pour la consommation d'une autre personne à ses propres frais, ou pour le compte d'un commettant ou à titre de représentant d'un commettant qui désire consommer lui-même ces marchandises ou les destiner à la consommation de toute autre personne à ses propres frais, doit immédiatement en faire rapport au commissaire et lui envoyer ou remettre, le cas échéant, la facture relative à ces marchandises ainsi que tous les autres renseignements que le commissaire requiert à leur sujet, et, pour le prélèvement de la taxe prévue par la présente loi, ces marchandises sont réputées avoir été achetées lors d'une vente au détail effectuée dans la province.

11.2 A person in the Province to whom any goods are provided by way of promotional distribution is, with respect to the consumption or use thereof, exempt from the tax imposed by this Act on the amount by which the full fair value thereof exceed any payment that is made by him solely and specifically for the receipt by him of the goods so provided and that is not referrable to the purchase, consumption or use by him of any other property, right or service.

#### Effect of the Amendments on Construction and Application

In my opinion, the new definition of "promotional distribution" and of "promotional distributor" and the substituted definition of "purchaser" and of "consumption" and "use" bring the company under the charging s. 4 and the recipient within the new s. 11.2 in respect of their free distribution of catalogues in the province.

It was pointed out by counsel for the respondent company that not all of the 1978 amendments were given retroactive effect (*i.e.* to January 1, 1975) to catch the catalogue distribution involved in the present appeal. Thus, although the definitions of "promotional distribution", of "promotional distributor" and of "consumption" and "use" were made retroactive and so too the new s. 11.2, no such effect was given to the redefinition of "sale" or to the re-enacted s. 5(2) and (3) and s. 8(1) and (2); these last-mentioned provisions came into force on June 28, 1978 and hence did not embrace the catalogues for 1975, 1976 and 1977 which are the subject of this appeal. Of the provisions not given retroactive force, the only material one is the definition of "sale" which includes in its meaning "the provision by way of promotional distribution of any goods".

On this footing, counsel for the company contended that the judgment of this Court in the earlier case still governed and that the company was not taxable because it was not the ultimate consumer. Counsel also emphasized that the definition of "consumer" also remained unchanged. This, however, is of no assistance to the company here when "consumption" mentioned in the definition of "consumer" has been given an enlarged

11.2 Toute personne dans la province qui a reçu des marchandises par voie de distribution publicitaire, est exonérée, relativement à leur consommation ou à leur utilisation, de la taxe imposée par la présente loi sur la différence entre la juste valeur de ces marchandises et le paiement qu'elle a effectué uniquement et spécifiquement pour recevoir les marchandises ainsi fournies, et qui ne se rapporte pas à l'achat, la consommation ou l'utilisation par elle même d'autre bien, droit ou service.

#### Portée des modifications sur l'interprétation et l'application de la Loi

A mon avis, les nouvelles définitions de «distribution publicitaire», d'«agent de distribution publicitaire» et le remplacement de celles d'«acheteur», de «consommation» et «utilisation» assujettissent la compagnie à l'art. 4, qui crée l'impôt et assujettissent ceux qui les reçoivent au nouvel art. 11.2 à l'égard de la distribution gratuite de ses catalogues dans la province.

L'avocat de la compagnie intimée a signalé que toutes les modifications de 1978 n'avaient pas un effet rétroactif (au 1<sup>er</sup> janvier 1975) de façon à englober la distribution de catalogues visée par le présent pourvoi. Ainsi même si on a rendu les définitions de «distribution publicitaire» et d'«agent de distribution publicitaire», celles de «consommation» et «utilisation» rétroactives, de même que le nouvel art. 11.2, on n'a pas donné cet effet à la redefinition de «vente» ni à la nouvelle version des par. 5(2) et (3) et 8(1) et (2); ces dernières dispositions sont entrées en vigueur le 28 juin 1978 et ne s'appliquent donc pas aux catalogues de 1975, 1976 et 1977 qui font l'objet du présent pourvoi. Parmi les dispositions auxquelles on n'a pas donné d'effet rétroactif, la seule disposition essentielle est la définition de «vente», dont le sens comprend «la fourniture de marchandises par voie de distribution publicitaire».

Se fondant sur cela, l'avocat de la compagnie soutient que l'arrêt de cette Cour dans l'affaire précédente est encore valable et que la compagnie n'est pas assujettie à la taxe parce qu'elle n'est pas le dernier consommateur. L'avocat a aussi souligné que la définition de «consommateur» n'a pas plus subi de modification. Cet argument n'est toutefois pas utile à la compagnie en l'espèce puisqu'on a donné au terme «consommation», men-

meaning as of January 1, 1975, to include the provision of goods by way of promotional distribution. (This, of course, is also one of the new meanings of "sale".)

However, the fact that the redefinition of "sale" did not become effective until 1978 does not alter the application of the charging s. 4 to the present case. That section does not speak of "sale" but rather of "consumption" of goods in the province, and thus brings into operation the extended definition of "consumption" that I have already mentioned.

The foregoing notwithstanding, it was the further submission of the company that the tax remained a consumption tax or that, at the most, the amended statute imposed a hybrid form of consumption tax which still made it necessary to determine who was the ultimate consumer. If, as was contended, the company was not the ultimate consumer, then necessarily the tax must be judged indirect.

I shall come to this last submission shortly but for the moment I simply emphasize that so far as the construction and application of the amended Act are concerned, the company is within its terms. It is no longer possible to say that the Act is geared only to a retail sale and that it does not permit converting a distributor into a consumer.

I should add that involved in the company's submissions on the construction and application of the Act was the reading into the charging section of the words in respect of or upon a retail sale in the province. This view appears to have been based on the definition "purchaser" and on the fact that the definition of "sale" had remained unchanged until June 28, 1978. Although such a construction was justified as the Act stood before it was amended, with effect as of January 1, 1975, the amendments respecting "purchaser", "consumption" and "use" militate against the attempt to limit the charging section to retail sales. The words "retail sale" do not appear in s. 4 and "purchaser" and "consumption" and "use", as of January 1, 1975, include a promotional distributor and pro-

tionné dans la définition de «consommateur», une signification plus étendue depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1975 de façon à comprendre la fourniture de marchandises par voie de distribution publicitaire. (C'est aussi, bien sûr, un des sens nouveaux de «vente».)

Cependant, le fait que la nouvelle définition de «vente» ne soit pas entrée en vigueur avant 1978 ne change pas l'application en l'espèce de l'art. 4, qui crée l'impôt. Cet article ne parle pas de «vente» mais plutôt de «consommation» de marchandises dans la province, ce qui rend applicable la définition élargie de «consommation» dont j'ai déjà fait mention.

Malgré ce qui précède, la compagnie soutient aussi que la taxe demeure une taxe à la consommation ou que, dans la meilleure hypothèse, la loi modifiée impose une forme hybride de taxe à la consommation qui rend encore nécessaire de déterminer qui est le dernier consommateur. Si, comme on le soutient, la compagnie n'est pas le dernier consommateur, il faut forcément conclure qu'il s'agit d'une taxe indirecte.

J'aborderai cette dernière prétention un peu plus loin, mais pour l'instant je souligne simplement que pour ce qui est de l'interprétation et de l'application de la Loi modifiée, la compagnie y est assujettie. Il n'est plus possible de prétendre que la Loi porte uniquement sur une vente au détail ou qu'elle ne permet pas de transformer un distributeur en consommateur.

Je dois ajouter que les prétentions de la compagnie quant à l'interprétation et à l'application de la Loi supposent qu'on interprète l'article d'assujettissement comme s'il comportait les mots à l'égard ou en raison d'une vente au détail dans la province. Elle semble fonder ce point de vue sur la définition d'«acheteur» et sur le fait que la définition de «vente» est demeurée inchangée jusqu'au 28 juin 1978. Bien que cette interprétation soit justifiée par le texte de la Loi avant les modifications qui s'appliquent depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1975, les modifications apportées aux définitions d'«acheteur», de «consommation» et «utilisation» militent contre la tentative de limiter l'article d'assujettissement aux ventes au détail. L'expression «vente au détail» ne figure pas à l'art. 4 et les mots «acheteur», «con-

motional distribution. The charging section is, accordingly, much broader than it was previously and goes beyond retail sales, although they too are caught by reason of the definition provisions in the Act.

The matter is, indeed, beyond challenge so far as the construction and application of the amended Act is concerned. The pivotal question is rather whether the Act as amended imposes direct taxation within the province. In short, unlike the earlier case, the present one turns directly upon the constitutional issue posed for determination.

### The Constitutional Issue

There is no constitutional infirmity in so far as the Act, in some of its provisions, vests the authorized Minister with power to determine the fair value of goods subject to taxation. I referred in my concurring reasons in the earlier case to evasion of constitutional limitations by a 'bootstrap' exercise, and the only provision of the present Act which raises this possibility is clause (c) of the definition of "promotional distribution". This clause does not, however, come into play in the present case, and it will be enough to consider its import when a regulation is promulgated directed to a prescription of promotional distribution, not otherwise specified in the Act.

Before turning to the competing contentions of the parties on constitutionality, I wish to refer to the judgments in the New Brunswick Courts. Stratton J., at first instance, dwelt on company evidence that a provincial tax on its catalogues (the learned Justice used the words "sales tax") would be considered as part of the cost added to and included in the cost of merchandise to the consumer. The following passages from his reasons are relevant to his conclusion that the tax is indirect:

I am satisfied and find upon the evidence which was adduced at the trial of this action that the company is the producer and distributor of the catalogues sought to

somation» et «utilisation» comprennent, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1975, un agent de distribution publicitaire et la distribution publicitaire. L'article d'assujettissement est, en conséquence, beaucoup plus général qu'il ne l'était auparavant et vise plus que les ventes au détail, même si celles-ci sont également comprises en raison des définitions de la Loi.

La question est en réalité incontestable pour ce qui est de l'interprétation et de l'application de la Loi modifiée. La question centrale est plutôt de savoir si la Loi modifiée crée une taxe directe dans les limites de la province. En bref, à la différence de l'affaire précédente, la présente affaire dépend directement de la question constitutionnelle à résoudre.

### La question constitutionnelle

Il n'y a rien d'inconstitutionnel à ce que, par certaines de ses dispositions, la Loi donne au Ministre le pouvoir d'établir la juste valeur des marchandises assujetties à la taxe. J'ai parlé dans mes motifs au même effet que ceux de la majorité dans l'affaire précédente de la violation des limites imposées par la Constitution au moyen d'un raisonnement spécieux, et la seule disposition de la Loi actuelle qui donne lieu à cette possibilité est l'al. c) de la définition de «distribution publicitaire». Cet alinéa ne s'applique cependant pas en l'espèce et il suffira d'en étudier la portée quand sera promulguée une réglementation qui qualifiera de distribution publicitaire une fourniture de marchandises non autrement mentionnée dans la Loi.

Avant d'étudier les arguments contradictoires des parties sur la constitutionnalité, je veux faire état des jugements des cours du Nouveau-Brunswick. Le juge Stratton, en première instance, a insisté sur la preuve présentée par la compagnie selon laquelle une taxe provinciale sur les catalogues (le savant juge a employé l'expression «taxe de vente») serait considérée comme partie du coût ajouté aux marchandises et inclus dans le coût de celles-ci pour le consommateur. Les passages suivants de ses motifs sont pertinents à sa conclusion que la taxe est indirecte:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que selon la preuve soumise à l'audition de cette action, la compagnie produit et distribue les catalogues qu'on veut taxer, mais

be taxed but is not the final purchaser, consumer or user of them. Its use or consumption is intermediate only, nor does it derive any benefit from the catalogues unless and until a retail purchase is made by a recipient within the Province. The final or ultimate use of the catalogues is that made by the recipients who become purchasers for consumption of the goods displayed therein who would pay the Social Services and Education Tax on the price of the goods purchased by them.

I am also satisfied and find that the Act, prior to its amendment, did not contemplate a tax on catalogues produced in another Province and distributed without charge to persons within this Province. I am equally satisfied that the Minister cannot, by altering the definitions contained in the Act as it has sought to do by the amending Act, convert an indirect tax into a direct one.

In this present action, I am satisfied and find that the tax here sought to be imposed on the company as a promotional distributor of goods used by the company for the purpose of developing sales and earning profits, is a tax having a general tendency to be passed on by the company to the purchasers of its merchandise by way of an increase in the retail price of such merchandise and that it is the ultimate consumer who will bear the increase. I therefore conclude and hold that, in its true nature and effect, the tax here sought to be levied upon the company constitutes indirect taxation and is beyond the legislative jurisdiction of the Province to impose.

The New Brunswick Court of Appeal in its majority reasons gave what appears to me to be a reluctant affirmation. Hughes C.J.N.B. concluded, as I did above in these reasons, that the words of the applicable amendments to the Act were sufficient to impose the tax in respect of the distribution of catalogues, but he drew back on the question whether the tax was direct. The two concluding paragraphs of his reasons were as follows:

As I see the situation there appears to be a tendency on the part of the Courts to classify all taxes on businesses as indirect, unless the tax falls within some category which has traditionally been considered as direct.

The learned trial Judge decided that the tax being questioned in the instant case is one having a general tendency to be passed on and held it to be an indirect

qu'elle n'en est pas le dernier acheteur, consommateur ou utilisateur. Son utilisation ou sa consommation n'est qu'intermédiaire et elle ne tire aucun avantage des catalogues tant que le destinataire d'un catalogue dans la province ne fait pas un achat au détail. L'utilisation ultime ou définitive des catalogues est celle des destinataires des catalogues qui achètent pour consommation les marchandises qui y sont illustrées et qui paient la taxe pour les services sociaux et l'éducation sur la valeur des marchandises qu'ils ont achetées.

Je suis aussi convaincu qu'avant d'être modifiée la Loi ne prévoyait pas de taxe sur les catalogues produits dans une autre province et distribués gratuitement aux résidents dans les limites de cette province. Je suis également convaincu que le Ministre ne peut, en changeant les définitions données dans la Loi comme il a voulu le faire par la loi modificatrice, transformer une taxe indirecte en taxe directe.

Dans la présente action je suis convaincu, que la taxe qu'on veut imposer ici à la compagnie à titre d'agent de distribution publicitaire de marchandises qu'elle utilise dans le but d'augmenter les ventes et de réaliser des profits, est une taxe que la compagnie a tendance à reporter sur les acheteurs de ces marchandises en majorant le prix de détail et que c'est le dernier consommateur qui subit la majoration. Je conclus en conséquence et déclare que, vu sa nature et portée véritables, la taxe qu'on prétend imposer à la compagnie en l'instance constitue une taxe indirecte et qu'elle excède la compétence de la législature.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, à la majorité, a confirmé la décision, avec réticence à ce qu'il me semble. Le juge en chef Hughes conclut, comme je l'ai déjà fait dans les présents motifs, que les expressions contenues dans les modifications pertinentes de la Loi sont suffisantes pour imposer la taxe relativement à la distribution des catalogues, mais il s'est refusé à conclure que c'est une taxe directe. Les deux derniers alinéas de ses motifs sont ainsi formulés:

[TRADUCTION] Selon mon analyse de la situation, les tribunaux semblent avoir une tendance à considérer toutes les taxes sur les commerces comme des taxes indirectes à moins que la taxe n'appartienne à une catégorie traditionnellement considérée comme une taxe directe.

Le savant juge de première instance a statué que la taxe contestée en l'instance est une taxe qu'on a tendance à reporter et il a conclu qu'il s'agissait d'une taxe



tax, and hence *ultra vires* the Legislature to impose. Although that conclusion is debatable I am not convinced that it is wrong in view of the more recent decisions of the Supreme Court.

Limerick J.A., in dissent, took a favourable view of the reasons of Chief Justice Hughes in the earlier case, those reasons being (unlike those in the present case) adverse to the company's position. He said this, *inter alia*:

A tax which is imposed on a retailer and is absorbed by it as a cost of operation and is passed on only as an unidentified ingredient in the cost of the goods sold is not thereby an indirect tax. If it were so all taxes imposed on retailers such as Income Tax, real estate taxes, taxes on personal property used and totally consumed in the retailer's business such as taxes on paper, accounting books, pencils, building supplies, etc. would also be indirect taxes.

As the tax on catalogues cannot be passed on to subsequent consumers of the catalogues and can only be recouped by an increase in the price of goods sold or by an increase in volume of business with or without an increase in price, which increase in volume is brought about by the free distribution of the catalogues, the tax must be considered direct, as the manner of recoupment, if made, can only be accomplished in a manner and form entirely unrelated to the form and nature of the tax as imposed.

The tax is on the value of the catalogues. I find when recouped it would be apportioned as between users of the catalogues on the basis of the value and nature of the goods purchased even though the use of the catalogues by each purchaser was on one occasion only or on the same number of occasions. The tax on the value of the catalogues would be passed on as a levy on the value of the goods purchased and not passed on as attached to the catalogues or in the same form as originally imposed.

In effect this Court in the earlier case found that the tax if applicable to a distribution of catalogues was a direct tax. That part of this Court's decision was not rejected by the Supreme Court of Canada and was not dealt with by a majority of that Court. We should not now reverse our own judgment in that respect unless we are convinced that we were clearly wrong in coming to that conclusion in the earlier appeal. I am not so convinced.

indirecte, donc *ultra vires* de la législature. Même si cette conclusion est contestable, je ne suis pas convaincu qu'elle est erronée vu les plus récentes décisions de la Cour suprême.

<sup>a</sup> Dans sa dissidence, le juge Limerick a commenté favorablement les motifs du juge en chef Hughes dans l'affaire précédente qui (à l'inverse de ceux de la présente affaire) sont défavorables à la compagnie. Il dit entre autres choses:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Une taxe qui est imposée à un détaillant et que ce dernier incorpore dans ses coûts d'exploitation et reporte en tant qu'élément non précisé du coût des marchandises vendues n'est pas une taxe indirecte pour autant. Si elle l'était, toutes les taxes imposées aux détaillants, telles l'impôt sur le revenu, les taxes foncières, les taxes sur les fournitures utilisées et entièrement consommées dans l'entreprise du détaillant, comme les taxes sur la papeterie, les registres de comptabilité, les crayons, les matériaux de construction etc. seraient aussi des taxes indirectes.

<sup>c</sup> Puisqu'il est impossible de reporter la taxe en cause sur les consommateurs subséquents des catalogues et qu'on ne peut la récupérer qu'en majorant le prix des marchandises ou en augmentant le volume des ventes avec ou sans majoration du prix, l'augmentation du volume des ventes provenant elle-même de la distribution gratuite des catalogues, il faut tenir la taxe pour directe, puisque la récupération, si elle se fait, ne peut avoir lieu que d'une manière et sous une forme qui n'a aucun rapport avec la forme et la nature de la taxe imposée.

<sup>d</sup> La taxe porte sur la valeur des catalogues. Je constate qu'à la récupération, elle serait répartie parmi les utilisateurs des catalogues en fonction de la valeur et de la nature des marchandises achetées même si chacun des acheteurs ne se sert des catalogues qu'une seule fois ou l'utilise un même nombre de fois. La taxe sur la valeur des catalogues serait reportée comme un prélèvement sur la valeur des marchandises achetées, et non reportée en fonction des catalogues ni sous la même forme que celle où elle a d'abord été imposée.

<sup>e</sup> En réalité, cette Cour a conclu dans l'affaire précédente que si la taxe était applicable à la distribution de catalogues c'était une taxe directe. La Cour suprême du Canada n'a pas infirmé cette partie de l'arrêt et la majorité de cette Cour-là n'en a pas fait état. Nous ne devons pas nous déjuger à cet égard à moins que nous ne soyons convaincus d'avoir eu manifestement tort d'arriver à cette conclusion dans l'affaire précédente. Je n'en suis pas convaincu.

He concluded by asserting that it was not inevitable that the tax would be passed on to purchasers of goods illustrated in the catalogues. A variety of factors entered into the pricing of goods, including supply and demand and competition. Accordingly, the tax was not indirect.

In this Court, the contentions of the appellants, the Minister of Finance and Minister of Justice of New Brunswick, were supported by the Attorneys General of eight other provinces, all but Newfoundland having intervened. The Attorney General of Canada supported the company on alternate grounds, contending, first, that the amended Act did not reach the distribution of catalogues, whether mailed from Ontario to individual customers or prospective customers or distributed to them in the province; and, second, if the amended Act did reach them, it imposed an indirect tax. I need deal here only with the alternate constitutional issue raised by the Attorney General of Canada, having already rejected the construction point in what has gone before in these reasons.

Before dealing with the question whether the tax imposed is direct, I wish to mention a company submission that the tax, at least in respect of the mailings from Ontario to individuals in New Brunswick, is not a tax within the province. Having regard to the definition of "promotional distribution" and "promotional distributor", as carried into the definition of "consumption" and, in turn, into the charging s. 4, the submission is untenable. The company carries on business in the province and, by way of promotional distribution, has caused the catalogues to be provided to persons in the province. These facts, all prescribed by the Act, are sufficient to establish a valid tax basis within the province if the tax imposed is direct.

On this score, it was submitted by the appellant that on the facts and in light of the amended statute, the company was the consumer of the catalogues, coming within the definition of "consumer" and, by extension thereunder, within the charging s. 4. The tax, therefore, in respect of the

Il conclut en affirmant qu'il n'est pas absolument nécessaire que la taxe soit reportée sur les acheteurs des marchandises illustrées dans les catalogues. Un grand nombre de facteurs influent sur la détermination des prix des marchandises, notamment l'offre, la demande et la concurrence. En conséquence, la taxe n'est pas indirecte.

En cette Cour, les procureurs généraux de huit autres provinces, seule Terre-Neuve n'étant pas intervenue, ont soutenu les arguments des appelants, le ministre des Finances et le ministre de la Justice du Nouveau-Brunswick. Le procureur général du Canada a pris le parti de la compagnie en invoquant des moyens subsidiaires; il a d'abord prétendu que la Loi modifiée ne s'applique pas à la distribution de catalogues, que ceux-ci soient expédiés par courrier, de l'Ontario, aux clients actuels ou éventuels ou qu'ils leur soient distribués dans la province et, ensuite, que si la Loi modifiée leur est effectivement applicable, elle impose une taxe indirecte. Je n'ai à disposer ici que de la question constitutionnelle subsidiaire que le procureur général du Canada soulève puisque j'ai déjà, dans les présents motifs, rejeté le moyen fondé sur l'interprétation.

Avant d'aborder la question de savoir si la taxe imposée est directe, je veux faire état d'un argument de la compagnie selon lequel, pour ce qui a trait du moins aux catalogues expédiés par courrier de l'Ontario à des résidents du Nouveau-Brunswick, la taxe n'est pas une taxe dans les limites de la province. Compte tenu des définitions de «distribution publicitaire» et d'«agent de distribution publicitaire» insérées par renvoi dans celle de «consommation» et aussi dans l'article d'assujettissement qu'est l'art. 4, cet argument n'est pas défendable. La compagnie fait des affaires dans la province et fait expédier, à titre de distribution publicitaire, les catalogues à des résidents de la province. Ces faits, tous prévus dans la Loi, suffisent à donner un fondement valide à la taxe dans les limites de la province si la taxe imposée est directe.

Sous ce rapport, l'appelant a soutenu que, selon les faits et en raison de la Loi modifiée, la compagnie est le consommateur des catalogues puisqu'elle répond à la définition de «consommateur» et qu'en vertu de l'extension de cette définition, elle relève de l'article d'assujettissement qu'est

distribution of catalogues in the province was a direct tax payable by the company as the consumer and, indeed, as the ultimate consumer. The purported fortification of this conclusion by s. 11.2 would not of itself turn a tax otherwise indirect into a direct tax but it does assist as a statutory determination of ultimate consumption when, under s. 11.2, a person who receives a catalogue free of charge is declared to be exempt from tax in respect of the catalogue. The larger, and more critical question, is whether this assists in determining whether the tax is direct or indirect.

I am in agreement with the contention of the appellant that Hughes C.J.N.B. went too far in his assertion that there was a tendency on the part of the courts to classify all taxes on businesses as indirect, unless the tax falls within some category traditionally considered as direct. Income taxes and land taxes are, of course, the prime examples of taxes traditionally classified as direct but there are other examples of taxes payable in respect of business operations that have been treated as direct. *Attorney General of Newfoundland v. Avalon Telephone Co. Ltd.* (1962), 33 D.L.R. (2d) 402, provides one example and the recent judgment of Cowan C.J.T.D. of the Nova Scotia Supreme Court in *Franklin Enterprises Ltd. v. Province of Nova Scotia* (1981), 45 N.S.R. (2d) 604, provides another. This last-mentioned case is relevant because there a hotel enterprise was held to be validly taxable in respect of its purchase for use in its hotel of tangible personalty such as beds, bedspreads, linens, towels, soap, matches and tissue paper. Again, as was pointed out by the appellant, if, as in *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney General for Ontario*, [1897] A.C. 231, the Province of New Brunswick had imposed a licence fee in respect of the free distribution of catalogues, it would be difficult indeed to contend that an indirect tax had been imposed, especially when the fee had no relation to the quantity of goods.

l'art. 4. En conséquence, la taxe à l'égard de la distribution de catalogues dans la province serait une taxe directe payable par la compagnie en qualité de consommateur et, qui plus est, de dernier consommateur. L'article 11.2, qui est censé renforcer cette conclusion, ne saurait en soi transformer une taxe par ailleurs indirecte en une taxe directe, mais il est utile pour délimiter législativement la dernière consommation puisqu'il dispose que la personne qui reçoit un catalogue sans frais est exempte de la taxe à l'égard du catalogue. La question plus générale et plus fondamentale est celle de savoir si cela nous aide à déterminer s'il s'agit d'une taxe directe ou indirecte.

Je suis d'accord avec la prétention de l'appelant que le juge en chef Hughes est allé trop loin quand il a affirmé que les tribunaux ont tendance à considérer toutes les taxes sur les entreprises comme des taxes indirectes à moins que la taxe n'appartienne à une catégorie traditionnellement considérée comme directe. Les impôts sur le revenu et les impôts fonciers sont évidemment les principaux exemples de taxes traditionnellement qualifiées de directes, mais il y a d'autres exemples de taxes imposées en fonction d'opérations commerciales qui ont été tenues pour directes. L'arrêt *Attorney General of Newfoundland v. Avalon Telephone Co. Ltd.* (1962), 33 D.L.R. (2d) 402 fournit l'un de ces exemples et la décision récente du juge en chef Cowan de la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, dans *Franklin Enterprises Ltd. v. Province of Nova Scotia* (1981), 45 N.S.R. (2d) 604, en fournit un autre. Cette dernière décision est pertinente parce qu'on y a déclaré qu'une entreprise hôtelière est validement assujettie à une taxe en raison de l'achat d'articles mobiliers à utiliser dans son hôtel, comme des lits, des couvre-lits, du linge, des serviettes, du savon, des allumettes et du papier de toilette. Encore une fois, comme l'a signalé l'appelant si, comme dans l'affaire *Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney General for Ontario*, [1897] A.C. 231, la province du Nouveau-Brunswick avait imposé un droit de licence à l'égard de la distribution gratuite de catalogues, il aurait été vraiment difficile de soutenir qu'il s'agissait d'une taxe indirecte, spécialement si le droit n'avait eu aucune relation avec la quantité de marchandises.

It would be a more apt illustration than that used by Chief Justice Hughes to say that taxes in respect of commodities or commercial transactions at the retail or production level have been generally classified as indirect, as, for example, in *R. v. Caledonian Collieries, Limited*, [1928] A.C. 358, and in *Charlottetown v. Foundation Maritime Ltd.*, [1932] S.C.R. 589. The respondent company has invoked this line of cases, not as being directly applicable on their facts but as expressing the principle that where the general tendency of a tax is that it will be passed on and hence paid by someone other than the person upon whom it is initially imposed, it will be regarded as an indirect tax.

This assertion was related by the company to a submission to which I referred earlier, namely, that the tax was a consumption tax or at best a hybrid form of tax and that it remained necessary to determine who was the ultimate consumer. This contention has validity in a case such as *Caledonian Collieries* where the Court was concerned with a sale situation. Here there is no question of a sale, and consumption, in its literal meaning, does not come into the picture save in its artificial meaning as reflected in its extended definition. In that respect, it is only the company that can be regarded as the ultimate consumer for tax purposes.

There is no doubt, on the evidence, and on ordinary economic considerations which are obvious enough to justify a Court in taking judicial notice of them, that the company would seek, if it could, to include the cost to it of its catalogues and the tax payable on their free distribution in its expense of doing business, and thus seek to pass this expense on to its customers. However, economic considerations are not invariable touchstones of legal incidence. Although the tests of direct and indirect taxation have, almost from the beginning of Canadian federalism, been based on Mill's *Political Economy*, they have necessarily been placed in a legal setting and have been applied as providing a legal definition and not an economic one. There is a passage in *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575, at p. 583, which is an appropriate reference here,

En ce qui concerne l'exemple choisi par le juge en chef Hughes, il aurait été plus approprié de dire que les taxes relatives aux marchandises ou aux opérations commerciales, au stade de la production ou de la vente au détail, ont généralement été qualifiées d'indirectes, par exemple, dans l'affaire *R. v. Caledonian Collieries, Limited*, [1928] A.C. 358 et dans l'affaire *Charlottetown c. Foundation Maritime Ltd.*, [1932] R.C.S. 589. La compagnie intimée a invoqué cette jurisprudence, non pas parce qu'elle s'applique directement en raison des faits, mais parce qu'elle illustre le principe selon lequel lorsque la taxe a tendance à être reportée et qu'ainsi, elle est payée par une personne autre que celle à qui elle a d'abord été imposée, elle est considérée comme une taxe indirecte.

La compagnie a rattaché cette affirmation à un argument dont j'ai déjà parlé, savoir qu'il s'agit d'une taxe à la consommation, ou, dans la meilleure hypothèse, d'une forme hybride de taxe et qu'il était quand même nécessaire de déterminer quel était le dernier consommateur. Cette argumentation a du poids dans un arrêt tel *Caledonian Collieries* où la Cour analysait un cas de vente. Ici, il n'est pas question de vente et la consommation, au sens littéral, n'entre pas en considération sauf dans le sens artificiel que lui donne sa définition élargie. Sous ce rapport, seule la compagnie peut être considérée comme le dernier consommateur à des fins fiscales.

Il n'y a pas de doute, d'après la preuve et d'après des considérations économiques ordinaires qui sont si évidentes que la Cour peut en prendre connaissance d'office, que la compagnie tentera, si possible, d'incorporer dans ses dépenses d'exploitation ce que lui coûtent ses catalogues et la taxe afférente à leur distribution gratuite; elle tentera donc de reporter cette dépense sur ses clients. Toutefois, les considérations économiques ne sont pas le critère infaillible de l'incidence légale. Bien que les distinctions entre taxes directes et indirectes soient fondées presque depuis le début du fédéralisme canadien sur l'ouvrage de Mill, *Political Economy*, elles ont nécessairement été placées dans un contexte juridique et appliquées en tant que définition juridique et non économique. Il y a un passage de l'arrêt *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575, à la p. 583, qui est pertinent en l'ins-

although it deals with a different type of tax. The passage is as follows:

... the tax now in question is demanded directly of the bank apparently for the reasonable purpose of getting contributions for provincial purposes from those who are making profits by provincial business. It is not a tax on any commodity which the bank deals in and can sell at an enhanced price to its customers. It is not a tax on its profits, nor on its several transactions. It is a direct lump sum, to be assessed by simple reference to its paid-up capital and its places of business. It may possibly happen that in the intricacies of mercantile dealings the bank may find a way to recoup itself out of the pockets of its Quebec customers. But the way must be an obscure and circuitous one, the amount of recoupment cannot bear any direct relation to the amount of tax paid, and if the bank does manage it, the result will not improbably disappoint the intention and desire of the Quebec Government. For these reasons their Lordships hold the tax to be direct taxation within class 2 of sect. 92 of the Federation Act.

The "general tendency" argument, found, for example, in the *Caledonian Collieries* case, is not one that establishes a principle outside of the context in which it was used in that case. Where, as in the present case, the tax imposed in respect of the free distribution of catalogues takes no account of what ultimately happens to the catalogues, whether they are used or discarded, and is unrelated to any purchases made from the catalogues, it is manifest to me that the tax is so diffused in its impact that it cannot be said that there is any clearly traceable way in which the tax can be passed on.

Moreover, to borrow a phrase from the reasons of Rand J. in *C.P.R. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231, at p. 251, the tax in the present case is not "related or related" to any unit of a commodity or its price; indeed, no commodity is involved.

The fact that the company may, competitive and other factors permitting, recoup the tax in its overall pricing structure, is no ground for classifying it as an indirect tax. The tax, indeed, is paid in respect of a dead-end dealing—one that is over when the catalogues are distributed—and there is

tance, même s'il vise un type différent de taxe. Le voici:

[TRADUCTION] ... l'impôt dont il est question ici est exigé directement de la Banque, apparemment dans le but raisonnable d'obtenir, de ceux qui font des profits sur leurs affaires dans la province, un revenu pour des objets provinciaux. Ce n'est pas un impôt sur une denrée dont la Banque ferait commerce et qu'elle pourrait vendre à un prix plus élevé à ses clients. Ce n'est pas un impôt sur ses profits, ni sur ses transactions. Il s'agit d'une somme globale, fixée en fonction de son capital versé et de ses places d'affaires. Il est possible que, par suite des complexités de transactions financières, la Banque trouve un moyen de se faire rembourser par ses clients québécois. Mais elle y parviendrait par un moyen obscur et détourné et le montant repris ne pourrait pas être en relation directe avec l'impôt payé. Si la Banque y parvenait, le résultat frustrerait probablement l'intention et le but du gouvernement du Québec. Pour ces motifs, leurs Seigneuries sont d'avis que cet impôt est un impôt direct qui tombe dans la catégorie n° 2 de l'article 92 de l'Acte fédératif.

L'argument fondé sur «la tendance à reporter» qui se trouve, par exemple, dans l'affaire *Caledonian Collieries* n'établit pas un principe applicable hors du contexte où il a servi dans cette affaire. Puisqu'en l'instance, la taxe imposée en raison de la distribution gratuite de catalogues ne dépend aucunement de ce qu'il advient des catalogues, qu'ils servent ou aillent aux rebuts, et qu'elle n'est fonction d'aucun achat fait par catalogue, il me paraît clair que les répercussions de la taxe sont à ce point diffuses qu'il n'y a pas moyen de discerner la façon dont la taxe serait reportée.

De plus, j'emprunterai l'expression tirée des motifs du juge Rand dans l'arrêt *C.P.R. c. Procureur général de la Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231, à la p. 251 en disant que la taxe en l'instance n'est «ni reliée ni reliable» à une marchandise en particulier ou à son prix; en effet, il n'y a pas de marchandise en cause.

Le fait que la compagnie peut, si la concurrence et les autres conditions le permettent, récupérer la taxe par sa structure de prix n'est pas un motif qui permet de la considérer comme indirecte. La taxe est, de fait, payée à l'occasion d'une opération unilatérale, qui est complète par la distribution des

no way in which it can be assigned to recipients of the catalogues. Moreover, the fact that the tax is a cost of carrying on business does not mean that it is not exacted from the very person who it is intended and expected would pay it.

This is sufficient to dispose of the appeal which I would allow and, accordingly, declare that the amended Act is, in respect of the matters put in issue here, *intra vires*. The appellant is entitled to costs throughout. There will be no costs to or against the interveners.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellants: Richard C. Speight, Fredericton.*

*Solicitors for the respondent: McKelvey, Macanlay & Machum, Saint John, (N.B.).*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: A. Rendall Dick, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-K. Samson & Jean-François Jobin, Quebec (Sainte-Foy).*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Gordon F. Coles, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Richard H. Vogel, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Arthur J. Currie, Charlottetown.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: William Henkel, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Richard F. Gosse, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

catalogues et il n'y a pas de possibilité de l'exiger des personnes qui reçoivent les catalogues. De plus, que la taxe soit un coût d'exploitation de l'entreprise ne signifie pas qu'elle n'est pas imposée à la personne même de qui on a voulu et prévu l'exiger.

Cela suffit pour disposer du pourvoi que je suis d'avis d'accueillir et, en conséquence, je suis d'avis de statuer que la Loi modifiée est *intra vires* quant aux aspects soulevés en l'instance. L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur des appelants: Richard C. Speight, Fredericton.*

*Procureurs de l'intimée: McKelvey, Macanlay & Machum, St-Jean, (N.B.).*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: A. Rendall Dick, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-K. Samson et Jean-François Jobin, Québec (Sainte-Foy).*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Gordon F. Coles, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Richard H. Vogel, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Arthur J. Currie, Charlottetown.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: William Henkel, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Richard F. Gosse, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

**The Continental Insurance Company**  
(Defendant) Appellant;

and

**Dalton Cartage Company Limited and  
McPherson Warehousing Company Limited**  
(Plaintiffs) Respondents;

and

**St. Paul Fire & Marine Insurance Company**  
(Defendant) Respondent.

File No.: 16024.

1981: December 15; 1982: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Insurance — Indemnification — Terms of contract  
— Whether or not terms met.*

*Insurance — Evidence — Exclusion clause — Onus  
on insurer — Balance of probabilities.*

This appeal and cross-appeal arose out of two insurance policies issued to respondents, one by the appellant The Continental Insurance Company and the other by the cross-respondent St. Paul Fire & Marine Insurance Company. Respondent Dalton Cartage indemnified the owners of goods stolen from one of its trucks but never recovered. The driver was acquitted of a charge of theft. The Court of Appeal affirmed the trial decision disallowing Dalton's claim against St. Paul Fire & Marine as Dalton had not brought itself within the agreement, but allowed Dalton's claim under the Continental policy as its exclusion clause relating to infidelity was inapplicable.

*Held:* The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Dalton's cross-appeal failed because Dalton did not meet the onus required to bring itself within the St. Paul insuring agreement.

Continental's appeal failed. The trial judge could properly consider the cogency of the evidence offered to support proof on a balance of probabilities. There was necessarily a matter of judgment involved in weighing

**The Continental Insurance Company**  
(Défenderesse) Appelante;

et

**a Dalton Cartage Company Limited et  
McPherson Warehousing Company Limited**  
(Demandereses) Intimées;

et

**b St. Paul Fire & Marine Insurance Company**  
(Défenderesse) Intimée.

N° du greffe: 16024.

c 1981: 15 décembre; 1982: 26 janvier.

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

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

*Assurance — Indemnisation — Clauses d'un contrat  
— Ces clauses ont-elles été respectées?*

*Assurance — Preuve — Clause d'exclusion — Le  
fardeau de la preuve incombe à l'assureur — Prépondérance des probabilités.*

Ce pourvoi et le pourvoi incident tirent leur origine de deux polices d'assurance délivrées aux intimées, l'une par l'appelante, The Continental Insurance Company et l'autre par l'intimée au pourvoi incident, St. Paul Fire & Marine Insurance Company. L'intimée Dalton Cartage a indemnisé les propriétaires de marchandises volées de l'un de ses camions et jamais retrouvées. Le chauffeur a été acquitté relativement à une accusation de vol. La Cour d'appel a confirmé la décision de la cour de première instance de rejeter la réclamation de Dalton contre St. Paul Fire & Marine pour le motif que Dalton n'avait pas démontré l'applicabilité de la convention, mais elle a accueilli sa réclamation fondée sur la police de Continental en raison de l'inapplicabilité de la clause d'exclusion relative à la déloyauté contenue dans cette police.

*Arrêt:* Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Le pourvoi incident de Dalton échoue parce qu'elle ne s'est pas acquittée de son obligation d'établir l'applicabilité de la convention d'assurance de St. Paul.

Continental est déboutée de son pourvoi. Le juge de première instance pouvait à bon droit tenir compte de la force probante des éléments de preuve offerts à l'appui d'une preuve selon la prépondérance des probabilités.

that evidence and a trial judge was justified in scrutinizing evidence with greater care if serious allegations were to be proved by it. This was not a departure from the "balance of probabilities" standard and did not support a shifting standard. In addition, Continental did not meet the insurer's onus of proving the applicability of an exclusion clause, and its agreement equating infidelity with negligence was insupportable.

*Hurst v. Evans*, [1917] K.B. 352; *Citizens Insurance Company v. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1880), 25 Low. Can. Jur. 163, distinguished; *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Smith v. Smith and Smedman*, [1952] 2 S.C.R. 312, referred to.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Order of the Ontario Court of Appeal, December 18, 1979) dismissing an appeal and cross-appeal from a judgment of Keith J. Appeal and cross-appeal dismissed.

*R. J. Rolls, Q.C.*, and *Gloria Adair*, for the appellant.

*William P. Somers, Q.C.*, for the respondent Dalton Cartage Company Limited.

*E. R. Murray, Q.C.*, for the respondent St. Paul Fire & Marine Insurance Company.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal and cross-appeal arise out of claims under two policies of insurance, one issued by the appellant The Continental Insurance Company and the other issued by the cross-respondent, St. Paul Fire & Marine Insurance Company. The insured in each case were Dalton Cartage Company Limited and McPherson Warehousing Company Limited.

The Continental policy, in its relevant terms, provided for indemnity to the insured, as follows:

L'appréciation de ces éléments de preuve implique nécessairement une question de jugement et un juge de première instance est fondé à examiner la preuve plus attentivement si elle doit établir des allégations sérieuses. Ce point de vue ne s'écarte pas de la norme de la «prépondérance des probabilités» ni n'appuie une norme variable. De plus, Continental ne s'est pas acquittée de l'obligation qui incombe à un assureur de prouver l'applicabilité d'une clause d'exclusion et son argument selon lequel la déloyauté équivaut à la négligence est insoutenable.

Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts: *Hurst v. Evans*, [1917] K.B. 352; *Citizens Insurance Company c. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1880), 25 Low. Can. Jur. 163; arrêts mentionnés: *Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Smith c. Smith et Smedman*, [1952] 2 R.C.S. 312.

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (Ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario, le 18 décembre 1979) qui a rejeté un appel et un appel incident d'un jugement du juge Keith. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

*R. J. Rolls, c.r.*, et *Gloria Adair*, pour l'appelante.

*William P. Somers, c.r.*, pour l'intimée Dalton Cartage Company Limited.

*E. R. Murray, c.r.*, pour l'intimée St. Paul Fire & Marine Insurance Company.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi et ce pourvoi incident tirent leur origine de réclamations fondées sur deux polices d'assurance, l'une de l'appelante The Continental Insurance Company (ci-après appelée «Continental») et l'autre de l'intimée au pourvoi incident, St. Paul Fire & Marine Insurance Company (ci-après appelée «St. Paul»). Les assurées dans l'un et l'autre cas sont Dalton Cartage Company Limited (ci-après appelée «Dalton») et McPherson Warehousing Company Limited.

La police de Continental prévoit notamment l'indemnisation des assurées. En voici les dispositions pertinentes:



(A) CARRIER'S LIABILITY:

The Legal Liability of the Insured as a Motor Truck Carrier, Bailee or Warehouseman for loss or damage to goods and merchandise accepted by the Insured while in the custody or control of the Insured:

(i) For Transit;

PERILS:

Arising from ALL RISKS of direct physical loss or damage from any external cause except as herein-after provided.

Certain losses were excluded under a separate exclusion clause which, so far as alleged to be applicable to the facts, was in these terms:

LOSSES EXCLUDED:

This Insurer shall not be liable for, nor shall this Policy cover any claims or expenses or suits for loss, damage or destruction to property caused by:

(c) Loss by infidelity and/or wrongful conversion and/or wilful and/or wrongful secretion and/or illegal sale of property by the Insured or the Insured's Employees or persons to whom the property is entrusted;

The St. Paul policy contained the following insuring agreement:

The Underwriter, in consideration of the payment of the premium, and subject to the Declarations made a part hereof, the General Agreements, Conditions and Limitations, and other terms of this Bond, agrees to indemnify the Insured against any loss of money or other property which the Insured shall sustain through any fraudulent or dishonest act or acts committed by any of the Employees, acting alone or in collusion with others, the amount of indemnity on each of such Employees being the amount stated in Item 3 of the Declarations.

The limit of liability was established at \$10,000 and covered not only regular employees but also temporary employees hired through employment agencies.

A temporary driver for Dalton, who had been employed as such on numerous occasions, was charged to drive a loaded truck to a certain warehouse, about eight miles away. The goods in the

[TRADUCTION]

(A) LA RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR:

La responsabilité en droit de l'assuré, en sa qualité de camionneur, de dépositaire ou d'entreposeur, pour la perte ou pour l'endommagement de biens et de marchandises qu'il a acceptés alors que ces biens et marchandises se trouvent sous sa garde ou sous sa surveillance:

(i) En vue du transport;

LES RISQUES:

Provenant de TOUTE perte ou de TOUT endommagement matériel direct provoqué par quelque cause externe, sous réserve des dispositions ci-dessous.

Certaines pertes sont exclues en vertu d'une clause d'exclusion distincte que voici puisqu'on la prétend applicable aux faits:

[TRADUCTION] LES PERTES EXCLUES:

Cet assureur n'est pas tenu des réclamations ou des dépenses ou des actions pour la perte, l'endommagement ou la destruction de biens provoqués:

c) Par la déloyauté, l'appropriation illégale ou le recel volontaire ou fautif, ou par la vente illégale de biens par l'assuré, par ses employés ou par des personnes à qui les biens ont été confiés;

La police de St. Paul comporte l'entente d'assurance suivante:

[TRADUCTION] L'assureur, en contrepartie du paiement de la prime, et sous réserve des déclarations ci-annexées, de la convention, des conditions et des restrictions générales et des autres dispositions de la présente police, s'engage à indemniser l'assuré de toute perte d'argent ou d'autres biens qu'il peut subir par suite de tout acte frauduleux ou malhonnête commis par un employé agissant seul ou en complicité avec d'autres personnes, le montant de l'indemnité à l'égard de chaque employé étant celui prévu par la clause 3 des déclarations.

La limite de l'obligation d'indemniser est fixée à \$10,000 et s'applique non seulement aux employés permanents mais aussi aux employés temporaires engagés par l'intermédiaire d'une agence de placement.

Un chauffeur employé à titre temporaire par Dalton, qui avait souvent travaillé en cette qualité, s'est vu confier la tâche de conduire un camion chargé à un certain entrepôt, situé à une distance

truck were never delivered and the vehicle was found abandoned, empty and slightly damaged. The temporary driver was ultimately arrested, charged with theft and acquitted. He was not called as a witness in Dalton's action on the two policies. The value of the lost, and presumably stolen, goods (which were never recovered) was \$28,827.40 which Dalton paid to the owners.

The trial judge, Keith J., held that Dalton had to bring itself within the insuring agreement of the St. Paul policy and had failed to do so. He also held that Dalton was entitled to recover under the Continental policy unless the insurer could bring itself within the exclusion of loss by infidelity, the only applicable provision in exclusion 4(c). This, Keith J. held, the insurer failed to do and, accordingly, Dalton was entitled to recover its full loss because of a limit of liability under the Continental policy which embraced it. The Court of Appeal of Ontario affirmed the judgment of Keith J. without written reasons.

Although there was a cross-appeal by Dalton against the dismissal of its action against St. Paul, this Court readily disposed of it by finding it unnecessary to call on counsel for St. Paul to respond. The trial judge and the Court of Appeal were clearly right in concluding that the onus was on Dalton to bring itself within the St. Paul insuring agreement, and their concurrent findings that it had not done so cannot be disturbed.

Three points were taken in the main appeal. It was contended that the onus was on Dalton in this case to show that the exclusion from liability by reason of infidelity did not apply. Reliance was placed on the English case of *Hurst v. Evans*, [1917] K.B. 352, which, admittedly, stands on its own and has not been followed but has, rather, been criticized. Whatever its merit, it has no application here. A long standing line of authorities require an insurer, seeking solace in an exclusion from otherwise unlimited liability, to show

d'environ huit milles. Le chargement du camion n'a jamais été livré et on a retrouvé le véhicule abandonné, vide et légèrement endommagé. Le chauffeur fut finalement arrêté, accusé de vol et acquitté. On ne l'a pas cité comme témoin dans l'action fondée sur les deux polices intentée par Dalton. La valeur des marchandises perdues, et probablement volées, que l'on n'a jamais retrouvées, est de \$28,827.40, montant que Dalton a payé aux propriétaires.

Le juge Keith, siégeant en première instance, a décidé que Dalton devait démontrer que la convention d'assurance de la police de St. Paul s'applique, ce qu'elle n'a pas fait. Il a également jugé que Dalton a droit à une indemnisation en vertu de la police de Continental, à moins que l'assureur ne puisse invoquer l'exclusion relative à la perte par déloyauté, celle-ci étant la seule disposition applicable de la clause d'exclusion 4c). Selon le juge Keith, l'assureur ne l'a pas fait et, par conséquent, Dalton a droit à une indemnisation intégrale de sa perte en raison d'une limite de responsabilité prévue par la police de Continental qui s'applique à cette perte. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le jugement du juge Keith sans motifs écrits.

Cette Cour a immédiatement réglé le pourvoi incident formé par Dalton à l'encontre du rejet de son action contre St. Paul en concluant qu'il n'était pas nécessaire d'appeler l'avocat de cette dernière à répondre. De toute évidence, le juge de première instance et la Cour d'appel ont eu raison de conclure qu'il incombait à Dalton d'établir que la convention d'assurance de St. Paul s'appliquait, et nous ne pouvons donc pas modifier leurs conclusions concordantes qu'elle ne l'a pas fait.

Le pourvoi principal soulève trois points. On fait valoir qu'il incombe à Dalton en l'espèce de démontrer que l'exclusion de l'obligation d'indemniser en raison de la déloyauté ne s'applique pas. On s'est appuyé sur l'arrêt anglais *Hurst v. Evans*, [1917] K.B. 352, qui, on le reconnaît, est le seul en son genre et n'a non seulement jamais été suivi, mais a, au contraire, fait l'objet de critiques. Quelle que soit sa valeur, il ne s'applique pas en l'espèce. Selon une jurisprudence constante de longue date, un assureur qui invoque la protection

that the exclusion applies. Again, there are concurrent findings, this time against Continental and the appeal on this ground fails. A second point taken in the appeal was that infidelity equates with simple negligence, a proposition which, on its face, is unacceptable. In my opinion, infidelity imports a moral element; not so negligence. The only authority cited by counsel for Continental to support its contention was *Citizens Insurance Company v. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1880), 25 Low. Can. Jur. 163, a case which, like *Hurst v. Evans, supra*, also admittedly stands alone. That was a judgment of the Quebec Court of Queen's Bench on a policy which conditioned liability of the insurer that a certain employee should "honestly diligently and faithfully" discharge his duties and that he should pay over to his employer such money as he receives for and from his employer. The employee received money of the company and did not account for most of it. It appears that the money was stolen from the employee's office when he was out to lunch. There was no allegation of dishonesty against him. The court found that he was guilty of negligence and that, accordingly, the insurer was liable under the policy. This case hardly supports the proposition that infidelity is simply a matter of negligence. It is much more. Here, however, the policy covered diligence and it was on this obligation to pay that the insured succeeded.

The main point in the appeal was the third point raised which was that the trial judge and the Court of Appeal had mis-stated the burden of proof and, indeed, were applying a sliding burden of proof rather than a straight burden of proof on a balance of probabilities. The issue was raised because of the way the trial judge dealt with the provisions respecting fraud and dishonesty in the St. Paul policy and infidelity in the Continental policy. There are two observations on the question of

d'une clause d'exclusion contre une obligation d'indemniser par ailleurs sans limite, doit prouver que la clause s'applique. Là encore il y a conclusions concordantes des cours d'instance inférieure, cette fois-ci contre Continental, et l'appel fondé sur ce moyen échoue. Un deuxième point soulevé en l'espèce allègue que la déloyauté équivaut à la simple négligence, proposition qui est manifestement insoutenable. A mon avis, la déloyauté comporte un aspect moral; ce qui n'est pas le cas de la négligence. Le seul arrêt que l'avocat de Continental a cité à l'appui de sa prétention est *Citizens Insurance Company c. Grand Trunk Railway Co. of Canada* (1880), 25 Low. Can. Jur. 163, qui, tout comme l'arrêt *Hurst v. Evans*, précité, est le seul en son genre, ce qui est également reconnu. Il s'agit d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Québec relativement à une police qui assortissait l'obligation d'indemniser de la condition qu'un certain employé remplisse ses fonctions [TRADUCTION] «avec honnêteté, diligence et fidélité» et qu'il remette à son employeur l'argent qu'il recevait pour son employeur ou que celui-ci lui confiait. L'employé a reçu de l'argent appartenant à la compagnie et n'a pas rendu compte de la majeure partie de cet argent. Il semble que l'on ait volé l'argent au bureau de l'employé alors qu'il était parti déjeuner. On n'a pas allégué de malhonnêteté de sa part. La cour a conclu qu'il avait été négligent et que, par conséquent, l'assureur était tenu d'indemniser en application de la police. Cet arrêt est loin d'appuyer la proposition que la déloyauté n'est qu'une question de négligence. C'est beaucoup plus que cela. En l'espèce, cependant, la police couvrait la diligence et c'est sur le fondement de cette obligation d'indemniser que l'assurée a eu gain de cause.

Le point principal soulevé en l'espèce est le troisième portant que le juge de première instance et la Cour d'appel ont mal énoncé le fardeau de la preuve et qu'ils ont en réalité appliqué un fardeau de la preuve variable plutôt qu'un fardeau de la preuve ordinaire suivant la prépondérance des probabilités. On a soulevé cette question en raison de la façon dont le juge de première instance a traité des dispositions relatives à la fraude et à la malhonnêteté dans la police de St. Paul et celles

burden of proof by Keith J., as follows (at pp. 82-83 of the Appeal Case):

In order to fix St. Paul with liability, the Plaintiff Dalton must satisfy the onus resting upon it, to establish upon the balance of probabilities and by a degree of proof commensurate with the gravity of the allegation that requires proof, namely that the loss was occasioned by a fraudulent or dishonest act on the part of Morkin. The act alleged in the Proof of Loss is theft of the goods. (See *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154 [sic] per Ritchie, J., at pp. 160-161 et seq.)

It will be seen at once that in order to escape liability, the same onus of proof rests on The Continental to bring itself within the terms of the specific exclusion, as rests on the Plaintiff Dalton to bring itself within the insuring agreement contained in the St. Paul policy.

Having regard to the paucity of evidence, am I justified in finding as a fact that Morkin was party to and hence responsible for the theft of the goods? There is no doubt that the goods were stolen, and there is no doubt that Morkin was accused of that theft and acquitted.

Admittedly, the standard of proof that was applicable in the criminal Court was proof beyond a reasonable doubt that Morkin was the thief. The standard of proof in the civil case has been repeatedly held to be somewhat less, and how much less is a matter that depends on all the circumstances and the gravity of the accusation.

Where there is an allegation of conduct that is morally blameworthy or that could have a criminal or penal aspect and the allegation is made in civil litigation, the relevant burden of proof remains proof on a balance of probabilities. So this Court decided in *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154. There Ritchie J. canvassed the then existing authorities, including especially the judgment of Lord Denning in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458, at p. 459, and the judgment of Cartwright J., as he then was, in *Smith v. Smith and Smedman*, [1952] 2 S.C.R. 312, at p. 331, and he concluded as follows (at p. 164):

concernant la déloyauté dans la police de Continental. Sur la question du fardeau de la preuve, le juge Keith fait les deux observations suivantes (aux pp. 82 et 83 du dossier d'appel):

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Pour que St. Paul soit tenue d'indemniser, la demanderesse, Dalton, doit s'acquitter de l'obligation qui lui incombe d'établir, suivant la prépondérance des probabilités et selon un degré de preuve correspondant à la gravité de l'allégation à prouver, que la perte résulte d'un acte frauduleux ou malhonnête de la part de Morkin. L'acte allégué dans la preuve de sinistre est le vol des marchandises. (Voir *Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154, le juge Ritchie, aux pp. 160 et 161 et suiv.)

<sup>b</sup> On s'apercevra immédiatement que, pour échapper à l'obligation d'indemniser, il incombe à Continental de prouver que la clause d'exclusion précise s'applique, ce fardeau étant le même que celui qu'a la demanderesse Dalton d'établir l'applicabilité de l'entente d'assurance contenue dans la police de St. Paul.

<sup>c</sup> Compte tenu de l'insuffisance des preuves, puis-je à bon droit conclure que Morkin a effectivement participé au vol des marchandises et qu'il en est donc responsable? Il ne fait pas de doute que les marchandises ont été volées, et il ne fait pas de doute non plus que Morkin a été accusé de ce vol et qu'il a été acquitté.

<sup>d</sup> Il est vrai qu'au criminel, il fallait prouver hors de tout doute raisonnable que c'était Morkin le voleur. Les tribunaux décident toutefois systématiquement qu'en matière civile, le fardeau de la preuve est un peu moins lourd, et la question de savoir jusqu'à quel point il peut l'être dépend de l'ensemble des circonstances et de la gravité de l'accusation.

<sup>e</sup> Chaque fois qu'il y a une allégation de conduite moralement blâmable ou qui peut revêtir un aspect criminel ou pénal et que l'allégation se présente dans le cadre d'une litige civil, le fardeau de la preuve qui s'applique est toujours celui de la preuve suivant la prépondérance des probabilités. C'est ce que cette Cour a décidé dans l'arrêt *Hanes c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154. Dans cet arrêt, le juge Ritchie a étudié la jurisprudence qui existait à l'époque et qui comprenait notamment l'arrêt de lord Denning *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458, à la p. 459, et celui du juge Cartwright, alors juge puiné, *Smith c. Smith et Smedman*, [1952] 2 R.C.S. 312, à la p. 331, et il a conclu (à la p. 164):

Having regard to the above authorities, I am of opinion that the learned trial judge applied the wrong standard of proof in the present case and that the question of whether or not the appellant was in a state of intoxication at the time of the accident is a question which ought to have been determined according to the "balance of probabilities".

It is true that apart from his reference to *Bater v. Bater* and to the *Smith and Smedman* case, Ritchie J. did not himself enlarge on what was involved in proof on a balance of probabilities where conduct such as that included in the two policies herein is concerned. In my opinion, Keith J. in dealing with the burden of proof could properly consider the cogency of the evidence offered to support proof on a balance of probabilities and this is what he did when he referred to proof commensurate with the gravity of the allegations or of the accusation of theft by the temporary driver. There is necessarily a matter of judgment involved in weighing evidence that goes to the burden of proof, and a trial judge is justified in scrutinizing evidence with greater care if there are serious allegations to be established by the proof that is offered. I put the matter in the words used by Lord Denning in *Bater v. Bater, supra*, at p. 459, as follows:

It is true that by our law there is a higher standard of proof in criminal cases than in civil cases, but this is subject to the qualification that there is no absolute standard in either case. In criminal cases the charge must be proved beyond reasonable doubt, but there may be degrees of proof within that standard. Many great judges have said that, in proportion as the crime is enormous, so ought the proof to be clear. So also in civil cases. The case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject-matter. A civil court, when considering a charge of fraud, will naturally require a higher degree of probability than that which it would require if considering whether negligence were established. It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion.

[TRADUCTION] Compte tenu de la jurisprudence susmentionnée, je suis d'avis que le savant juge de première instance a appliqué la mauvaise norme de preuve en l'espèce et que la question de savoir si l'appelant était dans un état d'ébriété au moment de l'accident aurait dû être tranchée suivant la «prépondérance des probabilités».

Il est vrai que, mis à part sa mention des arrêts *Bater v. Bater* et *Smith et Smedman*, le juge Ritchie n'a pas lui-même précisé ce qu'il faut entendre par preuve suivant la prépondérance des probabilités lorsqu'il s'agit de conduite comme celle visée par les deux polices en l'espèce. A mon avis, le juge Keith, sur la question du fardeau de la preuve, pouvait à bon droit tenir compte du caractère convaincant des éléments de preuve offerts en vue d'établir une preuve selon la prépondérance des probabilités, et c'est ce qu'il a fait en faisant mention de preuves correspondant à la gravité des allégations ou de l'accusation de vol contre le chauffeur employé à titre temporaire. L'appréciation des éléments de preuve se rapportant au fardeau de la preuve implique nécessairement une question de jugement, et un juge de première instance est fondé à examiner la preuve plus attentivement si la preuve offerte doit établir des allégations sérieuses. Je reprends les propos de lord Denning à cet égard dans l'arrêt *Bater v. Bater*, précité, à la p. 459:

[TRADUCTION] Il est vrai que notre droit impose une norme de preuve plus élevée dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles sous une réserve toutefois, savoir que dans l'un et l'autre cas il n'y a pas de norme absolue. Dans les affaires criminelles, on doit prouver l'accusation hors de tout doute raisonnable, mais à l'intérieur de cette norme, il peut y avoir des degrés de preuve. Nombre de grands juges ont dit que plus le crime est grave, plus la preuve doit être claire. Il en va de même pour les affaires civiles. On peut établir le bien-fondé de la demande suivant la prépondérance des probabilités, mais cette norme peut comporter des degrés de probabilité. Le degré est fonction de l'objet du litige. Il est naturel qu'une cour de juridiction civile, lorsqu'elle est saisie d'une accusation de fraude, exige un degré plus élevé de probabilité qu'elle n'exigerait s'il s'agissait de décider si l'on a prouvé la négligence. Le degré de probabilité qu'elle exige n'est pas aussi élevé que celui qu'exigerait une cour de juridiction criminelle, même lorsqu'elle est saisie d'une accusation de nature criminelle, mais il reste qu'elle exige un degré de probabilité qui correspond à la gravité de la situation.

I do not regard such an approach as a departure from a standard of proof based on a balance of probabilities nor as supporting a shifting standard. The question in all civil cases is what evidence with what weight that is accorded to it will move the court to conclude that proof on a balance of probabilities has been established.

I do not find any reversible error in the present case on burden of proof. The appeal and cross-appeal are accordingly dismissed with costs. The respondent Dalton is entitled to add his costs of the cross-appeal to those payable to it by Continental.

*Appeal and cross-appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Smiley, Allingham & Brown, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Dalton Cartage Limited and McPherson Warehousing Company Limited: Cassels, Mitchell, Somers, Dutton and Winkler, Toronto.*

*Solicitors for St. Paul Fire & Marine Insurance Company: Cassels, Brock, Toronto.*

Je n'estime pas que ce point de vue s'écarte du principe d'une norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités ni qu'il appuie une norme variable. La question dans toutes les affaires civiles est de savoir quelle preuve il faut apporter et quel poids lui accorder pour que la cour conclue qu'on a fait la preuve suivant la prépondérance des probabilités.

En l'espèce je ne vois pas d'erreur relativement au fardeau de la preuve donnant lieu à cassation. Par conséquent, le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés avec dépens. L'intimée Dalton a le droit d'ajouter les dépens de l'appel incident à ceux que doit lui payer Continental.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Smiley, Allingham & Brown, Toronto.*

*Procureurs des intimées Dalton Cartage Limited et McPherson Warehousing Company Limited: Cassels, Mitchell, Somers, Dutton et Winkler, Toronto.*

*Procureurs de St. Paul Fire & Marine Insurance Company: Cassels, Brock, Toronto.*

**Adolph August Sterner and Pleasant Valley Farms Ltd.** *Appellants*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 16523.

1982: February 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Appeals — Questions of fact — No reversible error on part of trial judge.*

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan, dated March 16, 1981, dismissing the appellants' appeals against conviction on a charge of fraud and allowing in part the appeals against sentence. Appeal dismissed.

*Ernest A. Hawrish and Mark Brayford*, for the appellants.

*Kenneth MacKay*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that the appeal fails and must be dismissed. This appeal turned essentially on questions of fact and we find no reversible error in the trial judgment, confirmed as it was by the Court of Appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Hawrish & Hawrish, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: Kenneth MacKay, Regina.*

**Adolph August Sterner et Pleasant Valley Farms Ltd.** *Appelants*;

et

**a Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 16523.

1982: 11 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

**c Droit criminel — Appels — Questions de fait — Le juge du procès n'a commis aucune erreur donnant lieu à cassation.**

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, en date du 16 mars 1981, rejetant les appels interjetés par les appelants à l'encontre de leur déclaration de culpabilité pour fraude et accueillant en partie les appels interjetés à l'encontre de leur sentence. Pourvoi rejeté.

*Ernest A. Hawrish et Mark Brayford*, pour les appelants.

*Kenneth MacKay*, pour l'intimée.

**f** Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

**g** LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis que le pourvoi échoue et doit être rejeté. Ce pourvoi porte essentiellement sur des questions de fait et nous ne trouvons aucune erreur donnant lieu à cassation dans le jugement de première instance que la Cour d'appel a confirmé.

**h** *Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appelants: Hawrish & Hawrish, Saskatoon.*

**i** *Procureur de l'intimée: Kenneth MacKay, Regina.*

**Adolph August Sterner** *Appellant*;

and

**Cpl. George Charles Vander Kracht for and on behalf of Her Majesty The Queen**  
*Respondent.*

File No.: 16572.

1982: February 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Probation order violation — Deputy Clerk and not the presiding judge explained ss. 664(4) and 666 of the Code to accused — Whether s. 663(4)(c) was properly complied with — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 663(4).*

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Saskatchewan (1981), 9 Sask. R. 264, dismissing the appellant's appeal from his conviction on a charge of failing to comply with the terms of a probation order. Appeal dismissed.

*Ernest A. Hawrish and Mark Brayford*, for the appellant.

*Kenneth MacKay*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you Mr. MacKay. We regard s. 663(4)(a), (b) and (c) as administrative provisions which are delegable, once the probation order is made by the presiding judge. In this particular case, the accused was advised of the consequences of a breach of the probation order by the Deputy Clerk and indeed, on the facts, knew of the consequences. It was not necessary that he be made aware by the judge personally. The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Hawrish & Hawrish, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: Kenneth MacKay, Regina.*

**Adolph August Sterner** *Appellant*;

et

**Le caporal George Charles Vander Kracht au nom de Sa Majesté La Reine** *Intimé.*

N° du greffe: 16572.

1982: 11 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN.

*c* *Droit criminel — Violation d'une ordonnance de probation — Le greffier adjoint, et non le juge qui préside, a expliqué à l'accusé les art. 664(4) et 666 du Code — L'alinéa 663(4)c a-t-il été observé? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 663(4).*

*d* POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1981), 9 Sask. R. 264, rejetant l'appel interjeté par l'appellant de sa déclaration de culpabilité d'avoir violé les conditions d'une ordonnance de probation. Pourvoi rejeté.

*e* *Ernest A. Hawrish et Mark Brayford*, pour l'appellant.

*f* *Kenneth MacKay*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

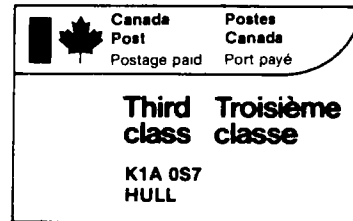
LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M<sup>e</sup> MacKay. Nous estimons que les al. 663(4)a), b) et c) sont des dispositions administratives dont l'application est susceptible de délégation dès lors que le juge qui préside a rendu l'ordonnance de probation. En l'espèce, le greffier adjoint a avisé l'accusé des conséquences d'une violation de l'ordonnance de probation, d'ailleurs il se dégage des faits que celui-ci était au courant de ces conséquences. Il n'était pas nécessaire que le juge l'en avise personnellement. Le pourvoi est donc rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant: Hawrish & Hawrish, Saskatoon.*

*j* *Procureur de l'intimé: Kenneth MacKay, Regina.*





*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Printing Office,  
Supply and Services Canada,  
45 Sacré-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Imprimerie du gouvernement canadien,  
Approvisionnement et Services Canada,  
45, boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S7



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 2, 1982 Vol. 1**

**2<sup>e</sup> cahier, 1982 Vol. 1**

Cited as [1982] 1 S.C.R. 175-345

Renvoi [1982] 1 R.C.S. 175-345

---

Published by  
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief  
ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
VICTORIA MASON

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Hull, Quebec, Canada, K1A 0S9, together with the old address.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1981.

## CONTENTS

**Rules of the Supreme Court of Canada ..... 1 to 38**

**Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre ..... 175**

Criminal law — Search warrants — Right to inspect search warrants and informations on which search warrants based — Whether access restricted to “interested parties” or open to general public — Whether right to inspect only on execution of search warrant or whether hearings dealing with search warrants open — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 443, 446.

**Beard v. Beard ..... 282**

Matrimonial law — Division of assets — Joint farming operation — Inherited farm land owned separately by wife — Husband not entitled to one half inflationary increment of land's value.

**Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada et al. .... 215**

Administrative law — Investigation by the Commission des droits de la personne — Crown privilege not to disclose documents — Objection by affidavit — Objection dismissed by Commission — Whether Commission a court within the meaning of s. 41(2) of the Federal Court Act — Whether affidavit meets requirements of s. 41(2) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 — Charter of human rights and freedoms, 1975 (Qué.), c. 6, ss. 6, 7, 9, 10, 11, 12.

Constitutional law — Crown privilege not to disclose documents — Privilege pleaded in the interest of national security — Whether s. 41(2) of Federal Court Act void because of the Canadian Bill of Rights — Whether *ultra vires* Parliament or constitutionally inapplicable to a provincial tribunal — British North America Act, 1867, s. 92(14) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).

*Continued on next page*

Publié par  
BERNARD C. HOFLEY, c.r.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiiste en chef  
ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

Arrêtiistes  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
VICTORIA MASON

*Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnement et Services Canada, Hull, Québec, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.*

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1981.

## SOMMAIRE

**Règles de la Cour suprême du Canada ..... 1 à 38**

**Beard c. Beard ..... 282**

Droit matrimonial — Partage des biens — Exploitation commune d'une ferme — Terres agricoles reçues par voie de succession dont la femme a la propriété exclusive — Le mari n'a pas droit à un montant équivalant à la moitié de l'augmentation de la valeur des terres par suite de l'inflation.

**Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada et autre ..... 215**

Droit administratif — Enquête de la Commission des droits de la personne — Privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents — Opposition par affidavit — Rejet de l'opposition par la Commission — La Commission est-elle un tribunal au sens de l'art. 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale? — L'affidavit satisfait-il aux exigences de l'art. 41(2)? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 — Charte des droits et libertés de la personne, 1975 (Qué.), chap. 6, art. 6, 7, 9, 10, 11, 12.

Droit constitutionnel — Privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents — Privilège invoqué dans l'intérêt de la sécurité nationale — L'article 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale est-il inopérant en raison de la Déclaration canadienne des droits? — Est-il *ultra vires* du Parlement ou constitutionnellement inapplicable à un tribunal provincial? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(14) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art. 1b).

**Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke ..... 202**

Libertés publiques — Prétendue mesure discriminatoire fondée sur l'âge — Pompiers congédiés à l'âge de 60 ans conformément à la convention collective — La retraite obligatoire est-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

|   |     |
|---|-----|
| <b>Dairy Producers Co-Operative Ltd. of Prince Albert v. Lyons</b> .....  | 338 |
| Labour relations — Arbitration — Dismissal — Collective agreement allowing reinstatement with compensation in cases of unjust dismissal — Severity of penalty in relation to infraction — Authority of Board to order reinstatement but without compensation — The Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 25(3).   |     |
| <b>Flamand v. The Queen</b> .....   | 337 |
| Contempt of court — Charges of indecent assault — Impartiality of trial judge questioned — Statements by accused at trial do not constitute contempt of court — Contempt of court procedure not followed.   |     |
| <b>Ford v. The Queen</b> .....  | 231 |
| Criminal law — Impaired driving — Care or control — No intention to drive — Applicability of s. 237(1)(a) in a charge under s. 236 of Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended.  |     |
| <b>Government of the Republic of Italy v. Piperno</b> .....   | 320 |
| Mandamus — Extradition proceedings against Italian citizen — Unsworn depositions taken in Italy held inadmissible by extradition judge — Whether mandamus lies to compel admission of the depositions — Whether other form of relief available — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.   |     |
| Extradition — Admissibility of evidence — Unsworn depositions taken in Italy held inadmissible by extradition judge — Whether unsworn depositions admissible in Canadian extradition proceedings — Extradition Treaty between Great Britain and Italy, 1873, (1873) 6 Canada Gazette 1247 (No. 47, 23/5/1873), article XI — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 3, 13, 16. |     |
| <b>Janke v. Holzer</b> .....  | 281 |
| Damages — Fatal accident — Action by widow — Quantum — Multiplier principle of assessment — Probability of remarriage — Contingency deduction.  |     |
| <b>Lamarche v. The Queen</b> .....  | 345 |
| Criminal law — Breach of trust by a municipal officer — Municipal corruption — Criminal Code, ss. 111, 112(1)(f).   |     |
| <b>Leblanc v. The Queen</b> .....   | 344 |
| Criminal law — Breach of trust by a municipal officer — Municipal corruption — Criminal Code, ss. 111, 112(1)(f).   |     |
| <b>McGuigan v. The Queen</b> .....  | 284 |
| Criminal law — Two convictions for same act — Whether second conviction proper — Whether the Quon case continues to govern — Whether s. 21 applicable to a charge under s. 83 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended ss. 21, 83.  |     |

(Continued on next page)

## SOMMAIRE (Suite)

elle une exigence professionnelle réelle? — The Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, chap. 318, art. 4(1),(6), 14a, 14d, et modifications.

|  |     |
|--|-----|
| <b>Dairy Producers Co-Operative Ltd. de Prince Albert c. Lyons</b> ..... | 338 |
|--|-----|

Relations de travail — Arbitrage — Congédiement — La convention collective permet la réintégration avec rémunération dans les cas de congédiement injuste — Sévérité de la sanction par rapport à l'infraction — Pouvoir du conseil d'ordonner la réintégration mais sans rémunération — The Trade Union Act, R.S.S. 1978, chap. T-17, art. 25(3).

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| <b>Flamand c. La Reine</b> ..... | 337 |
|----------------------------------|-----|

Outrage au tribunal — Accusations d'attentat à la pudeur — Impartialité du juge du procès mise en doute — Déclarations de l'accusé à l'audience ne constituant pas un outrage au tribunal — Non respect de la procédure de l'outrage au tribunal.

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| <b>Ford c. La Reine</b> ..... | 231 |
|-------------------------------|-----|

Droit criminel — Conduite en état de facultés affaiblies — Garde d'un véhicule — Absence de l'intention de conduire — Applicabilité de l'art. 237(1)a à une accusation portée en vertu de l'art. 236 du Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié.

|  |     |
|--|-----|
| <b>Gouvernement de la République d'Italie c. Piperno</b> ..... | 320 |
|--|-----|

*Mandamus* — Procédures d'extradition contre un citoyen italien — Le juge d'extradition conclut à l'irrecevabilité de dépositions faites en Italie par des personnes non assermentées — Y a-t-il lieu à *mandamus* pour exiger que les dépositions soient reçues? — Existe-t-il un autre recours? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 18, 28.

Extradition — Recevabilité de la preuve — Le juge d'extradition a conclu à l'irrecevabilité de dépositions faites en Italie par des personnes non assermentées — Recevabilité dans le cadre de procédures d'extradition au Canada de dépositions non faites sous serment — Traité d'extradition entre la Grande-Bretagne et l'Italie, 1873, (1873) 6 Gazette du Canada 1262 (N<sup>o</sup> 47, 23/5/1873), article XI — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 3, 13, 16.

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| <b>Janke c. Holzer</b> ..... | 281 |
|------------------------------|-----|

Dommages-intérêts — Accident mortel — Action intentée par la veuve — Quantum — Principe de l'évaluation par l'emploi d'un multiplicateur — Probabilité de remariage — Déduction au titre des éventualités.

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| <b>Lamarche c. La Reine</b> ..... | 345 |
|-----------------------------------|-----|

Droit criminel — Abus de confiance par un fonctionnaire municipal — Actes de corruption dans les affaires municipales — Code criminel, art. 111, 112(1)(f).

(Suite à la page suivante)

## CONTENTS (Concluded)

### **Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke** ..... 202

Civil rights — Alleged discrimination on basis of age — Firemen dismissed at age 60 pursuant to collective agreement — Whether or not mandatory retirement a bona fide occupational qualification — The Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318, ss. 4(1),(6), 14a, 14d, as amended.

### **Pitre et al. v. Robinson** ..... 283

Courts — Appellate court power respecting findings of fact — Trial judge hearing case retired before making judgment — Judgment made by another judge based on transcript — Ability of Court of Appeal to consider evidence relative to that of judge making decision.

Land titles — Adverse possession — Disputed land used occasionally by claimant over number of years — Whether or not respondent's title extinguished.

### **Royal Trust Co. v. Tucker** ..... 250

Trusts and trustees — Deed of donation and trust in favour of primary beneficiaries who did not exist when deed of donation and trust was made — Quebec trust of English inspiration — Acceptance of the trust — Ownership of the trust property — Deed of donation and trust in favour of secondary beneficiaries not a gift in contemplation of death — Civil Code, arts. 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 981l.

## SOMMAIRE (Fin)

### **Leblanc c. La Reine** ..... 344

Droit criminel — Abus de confiance par un fonctionnaire municipal — Actes de corruption dans les affaires municipales — Code criminel, art. 111, 112(1f).

### **McGuigan c. La Reine** ..... 284

Droit criminel — Double déclaration de culpabilité pour le même acte — La seconde déclaration de culpabilité est-elle valide? — L'arrêt Quon s'applique-t-il encore? — L'article 21 s'applique-t-il à une accusation portée en vertu de l'art. 83? — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34 et modifications, art. 21, 83.

### **Pitre et autre c. Robinson** ..... 283

Tribunaux — Pouvoir du tribunal d'appel concernant les constatations de fait — Le juge qui a entendu l'affaire en première instance a pris sa retraite avant de rendre jugement — Jugement rendu par un autre juge qui s'est fondé sur la transcription — Aptitude de la Cour d'appel à examiner les témoignages par rapport à celle du juge qui rend le jugement.

Titres de propriété — Possession acquisitive — Le demandeur a utilisé occasionnellement le bien-fonds pendant plusieurs années — Le titre de l'intimé est-il éteint?

### **Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre** ..... 175

Droit criminel — Mandats de perquisition — Droit d'examiner les mandats de perquisition et les dénonciations sur lesquelles ils se fondent — Les «personnes concernées» sont-elles les seules à avoir accès aux documents ou le grand public y a-t-il également accès? — Y a-t-il un droit d'examiner le mandat de perquisition seulement après son exécution ou l'audition relative aux mandats de perquisition est-elle publique? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 443, 446.

### **Royal Trust Co. c. Tucker** ..... 250

Fiducies et fiduciaires — Donation fiduciaire en faveur de bénéficiaires de premier rang inexistantes lors de la création de la donation — Fiducie québécoise d'inspiration anglaise — Acceptation de la fiducie — Propriété des biens transportés en fiducie — Donation fiduciaire en faveur des bénéficiaires de deuxième rang ne constituant pas une donation à cause de mort — Code civil, art. 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 981l.

**Rules of the Supreme Court of Canada**

In accordance with section 103 of the Supreme Court Act, the Supreme Court of Canada hereby enacts the annexed Rules of Practice.

January 10, 1983

BORA LASKIN  
*Chief Justice of Canada*

RULES OF THE SUPREME COURT OF  
CANADA  
*Interpretation*

1. In these Rules,

“Act” means the *Supreme Court Act*;

“affidavit” includes an affirmation and a statutory declaration;

“agent” means a lawyer practising in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*;

“appeal” includes any proceeding to set aside or vary any judgment of the court appealed from;

“application for leave” means an application for leave to appeal under section 41 of the Act;

“case” means the material necessary to raise the question for the decision of the Court as defined in section 67 of the Act;

“counsel” includes a barrister, a solicitor or a lawyer representing a party;

“Court” means the Supreme Court of Canada;

“holiday” means a general holiday as defined in the *Interpretation Act*;

“Judge” means a Judge of the Supreme Court of Canada and includes the Chief Justice;

“month” means calendar month;

**Règles de la Cour suprême du Canada**

En vertu des dispositions de l'article 103 de la Loi sur la Cour suprême, la Cour suprême du Canada décrète par les présentes les Règles de pratique, ci-annexées.

Le 10 janvier 1983

*Le Juge en chef du Canada*  
BORA LASKIN

RÈGLES DE LA COUR SUPRÊME DU  
CANADA  
*Définitions*

1. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes règles.

«affidavit» Y sont assimilées les affirmations et déclarations solennelles.

«correspondant» Avocat qui représente un procureur ou une partie et exerçant dans la région de la Capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la Capitale nationale*.

«Cour» La Cour suprême du Canada.

«dossier» Selon la définition de l'article 67 de la Loi, les documents nécessaires pour soumettre la question à la décision de la Cour.

«impression» Tout procédé de reproduction autre que manuscrit.

«jour férié» S'entend au sens de la *Loi d'interprétation*.

«juge» Juge de la Cour suprême du Canada de même que le Juge en chef.

«Loi» La *Loi sur la Cour suprême*.

«mois» Mois civil.

«partie» Sont compris parmi les parties un organisme doté de la personnalité morale, Sa Majesté la Reine et le procureur général de Sa Majesté, les intervenants au sens des articles 208 à 215 du *Code de procédure civile du Québec*, de même que, sauf indication contraire du contexte, les autres intervenants.

«personne» Est compris parmi les personnes, un organisme doté de la personnalité morale.

“party” includes a body politic or corporate, Her Majesty the Queen and Her Majesty’s Attorney General; an intervener within the meaning of articles 208 to 215 of the Quebec Code of Civil Procedure; and an intervener unless the text provides otherwise or unless the context does not so permit;

“person” includes a body politic or corporate;

“printing” includes reproduction by any means but does not include hand writing;

“proceedings” means any appeal, application for leave or motion before the Court, a Judge or the Registrar.

#### *Appeals Under Other Acts*

2. Except as otherwise provided by any other Act, these Rules apply to all proceedings.

Note: *Federal Statutes providing for appeal to the Court.*

1. *Criminal Code of Canada.*
2. *Combines Investigation Act.*
3. *National Defence Act.*
4. *Dominion Controverted Elections Act.*
5. *Divorce Act.*
6. *Federal Court Act.*
7. *Oil and Gas Production and Conservation Act.*
8. *Bankruptcy Act.*
9. *Excise Tax Act.*
10. *Canada Pension Plan.*
11. *Companies’ Creditors Arrangement Act.*
12. *Winding-up Act.*

#### *Presentation of Printed Material*

3. (1) All material shall be clear and legible and shall be on paper of good quality measuring 21.5 cm by 28 cm.

«pourvoi» Y sont assimilées les procédures visant à faire infirmer ou modifier les jugements des tribunaux dont appel est interjeté.

«procédures» Pourvoi, requête en autorisation ou requête devant la Cour, un juge, ou le registraire.

«procureur» S’entend d’un avocat.

«requête en autorisation» La requête en autorisation de pourvoi prévue à l’article 41 de la Loi.

#### *Pourvois en vertu d’autres lois*

2. Sauf dispositions contraires d’autres lois, les présentes règles s’appliquent à toutes les procédures.

Note: *Liste des lois fédérales qui prévoient un recours devant la Cour.*

1. *Code criminel du Canada.*
2. *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.*
3. *Loi sur la défense nationale.*
4. *Loi sur les élections fédérales contestées.*
5. *Loi sur le divorce.*
6. *Loi sur la Cour fédérale.*
7. *Loi sur la production et la conservation du pétrole et du gaz.*
8. *Loi sur la faillite.*
9. *Loi sur la taxe d’accise.*
10. *Régime de pensions du Canada.*
11. *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.*
12. *Loi sur les liquidations.*

#### *Présentation des documents imprimés*

3. (1) Tous les documents doivent être clairs et lisibles et présentés sur du papier de bonne qualité de format 21,5 cm par 28 cm.

(2) The Registrar may not receive any material that does not comply with these Rules.

(2) Le registraire peut refuser les documents qui ne sont pas conformes aux présentes règles.

(3) Material that does not comply with these Rules may be ineligible for costs upon the order of the Court or a Judge.

(3) Sur ordonnance de la Cour ou d'un juge, les documents qui ne sont pas conformes aux présentes règles peuvent être exclus des dépens.

*Non-compliance with Rules*

*Exemption des règles*

4. The Court or a Judge, or the Registrar when authorized by these Rules, may excuse a party from complying with any of the provisions of the Rules.

4. La Cour, un juge ou le registraire, lorsque les présentes règles le lui permettent, peut exempter une partie de l'obligation de suivre les dispositions des Règles.

*Extending or Abridging Time*

*Prorogation ou abrègement des délais*

5. Notwithstanding anything in these Rules, but subject to any other Act, the Court or a Judge, or the Registrar when authorized by these Rules, may at any time extend or abridge the time for doing any act or taking any proceeding.

5. Nonobstant les présentes règles et sous réserve des dispositions d'autres lois, la Cour, un juge ou le registraire, lorsque les présentes règles le lui permettent, peut proroger ou abrèger le délai imparti pour accomplir un acte ou introduire une procédure.

*Postponement of Hearing*

*Ajournement de l'audition*

6. The Chief Justice or, in his absence or at his request, one of the puisne judges, may postpone the hearing of any proceeding.

6. Le Juge en chef ou, en son absence ou à sa demande, un juge puîné peut ajourner l'audition des procédures.

*Where no Provision*

*Absence de règles*

7. Whenever these Rules contain no provision for exercising any right, any procedure that is specified by the Court, a Judge or the Registrar and that is not inconsistent with these Rules or the Act may be adopted.

7. Lorsque l'exercice d'un droit n'est pas régi par les présentes règles, la Cour, un juge ou le registraire peut préciser une procédure qui n'est pas incompatible avec les présentes règles et avec la Loi.

*Prescribing Conditions*

*Imposition de conditions*

8. In any proceeding where these Rules provide that the Court, a Judge or the Registrar may make an order or direction, the Court, the Judge or the Registrar, as the case may be, may impose such terms and conditions in the order or direction, as may be deemed necessary.

8. Lorsque les présentes règles permettent à la Cour, à un juge ou au registraire de rendre une ordonnance ou de donner des directives, la Cour, le juge ou le registraire peut y imposer les conditions qu'il estime nécessaires.

*Simultaneous Translation*

*Traduction simultanée*

9. Every request for simultaneous translation shall be made in writing to the Registrar at least fifteen days before the commencement of the hearing of any proceeding.

9. Toute demande de traduction simultanée doit être faite par écrit au registraire au moins 15 jours avant le début de l'audition des procédures.



*Office Hours*

10. Unless otherwise ordered by the Registrar, the office of the Registrar and the Library of the Court shall be open between the hours of nine o'clock in the forenoon and five o'clock in the afternoon Ottawa local time every day in the year except Saturdays and holidays.

*Computation of Time and Holidays*

11. (1) Clear days and those days not expressed to be clear days shall be calculated according to the *Interpretation Act*.

(2) Where any limited time less than six days from or after any date or event is appointed or allowed for doing any act or taking any proceedings, days that the office of the Registrar is closed shall not be reckoned in the computation of such limited time.

(3) When the time for doing any act or taking any proceeding expires on a day on which the office of the Registrar is closed, such act or such proceeding shall be held to be duly done or taken if done or taken on the next day on which the office is open.

(4) The months of July and August shall not be reckoned in the computation of the times appointed or allowed by these Rules for the doing of any act, except for the filing of the case as provided in Rule 34.

*Party may Appear in Person or by Counsel*

12. (1) A party to any proceedings may appear on his own behalf or by counsel.

(2) A party to any proceedings who has appeared in person in the court below may elect to appear by counsel in the proceedings.

(3) A counsel referred to in subsection (2) shall file a notice to that effect with the Registrar and thereafter all documents are to be served on such counsel in accordance with these Rules.

*Heures d'ouverture*

10. À moins d'avis contraire du registraire, le greffe et la bibliothèque de la Cour sont ouverts de 9 heures à 17 heures, heure locale d'Ottawa, sauf le samedi et les jours fériés.

*Calcul des délais et jours fériés*

11. (1) Les jours francs et les autres jours doivent être comptés conformément à la *Loi d'interprétation*.

(2) Lorsqu'un délai inférieur à six jours est fixé ou imparti pour accomplir un acte ou introduire une procédure, les jours de fermeture du greffe ne sont pas comptés dans le calcul du délai.

(3) Lorsque le délai prévu pour accomplir un acte ou introduire une procédure expire un jour de fermeture du greffe, l'acte peut être valablement accompli et la procédure valablement introduite le jour d'ouverture suivant.

(4) Les mois de juillet et d'août ne sont pas comptés dans le calcul des délais fixés ou impartis par les présentes règles pour accomplir un acte, sauf pour la production du dossier selon l'article 34.

*Comparution en personne ou par procureur*

12. (1) Une partie aux procédures peut comparaître en personne ou par procureur.

(2) Une partie qui a comparu en personne devant la cour d'instance inférieure peut comparaître par procureur dans les procédures.

(3) Un procureur au sens du paragraphe (2) doit produire une déclaration à cet effet auprès du registraire et dès lors toutes les pièces de procédure doivent lui être signifiées conformément aux présentes règles.

*Court may Appoint Counsel*

13. The Court may request any counsel to argue the case of any party unable or unwilling to appoint counsel or of any interest that is affected and as to which counsel does not appear.

*Change of Counsel*

14. (1) Counsel appearing for any party in the court below shall be deemed to be counsel before this Court unless a notice or order of change of counsel is filed with the Registrar.

(2) Any party before the Court may change his counsel or agent by filing a notice to that effect with the Registrar.

(3) A counsel or agent may after serving a motion on the party or counsel he represents, and the filing thereof with the Registrar, move before a judge for an order that he no longer represents the party or counsel.

(4) A notice under subsection (2), and the motion under subsection (3) and any order made pursuant to such motion shall be served upon all parties.

*Filing of Documents and Role of Agents*

15. (1) Subject to subsection (3) a party may file documents in person, by his counsel or the counsel's agent, or with leave of the Registrar, by correspondence.

(2) The effective date of filing shall be the date stamped by the Clerk of Process.

(3) Any party to an appeal to this Court as of right or in any other case after leave has been granted shall conduct business with the Registrar's office through an agent, unless the Registrar otherwise directs.

(4) An agent or a party, where the Registrar has so directed, shall cause his name and address for service to be entered in the court docket kept by the Clerk of Process.

*Nomination d'un procureur par la Cour*

13. La Cour peut désigner un procureur pour plaider au nom d'une partie qui ne peut pas ou ne veut pas en nommer ou en faveur d'une personne ayant un intérêt dans les procédures et pour laquelle aucun procureur n'a comparu.

*Changement de procureur*

14. (1) Un procureur qui a comparu pour une partie en cour d'instance inférieure est réputé la représenter devant cette Cour à moins qu'il ne produise un avis ou une ordonnance de changement de procureur auprès du registraire.

(2) Une partie peut changer de procureur ou de correspondant en produisant un avis à cet effet auprès du registraire.

(3) Un procureur ou un correspondant peut, après signification d'une requête à la partie ou au procureur qu'il représente et production de la requête auprès du registraire, s'adresser à un juge pour obtenir l'autorisation de ne plus représenter cette partie ou ce procureur.

(4) L'avis prévu au paragraphe (2), la requête prévue au paragraphe (3) et toute ordonnance rendue sur celle-ci doivent être signifiés à toutes les parties.

*Production des pièces et rôle des correspondants*

15. (1) Sous réserve du paragraphe (3), toute pièce peut être produite au greffe par la partie en personne, son procureur ou le correspondant de son procureur ou, avec l'autorisation du registraire, par courrier.

(2) La date de production est celle apposée au timbre dateur par le greffier.

(3) Lorsqu'une partie peut se pourvoir devant la Cour de plein droit ou lorsqu'elle a reçu l'autorisation de se pourvoir, elle ne peut faire affaires avec le greffe que par l'intermédiaire d'un correspondant, à moins que le registraire n'en ordonne autrement.

(4) Un correspondant, ou une partie lorsque le registraire l'y a autorisée, doit faire inscrire son nom et son adresse aux fins de signification au registre tenu par le greffier.

(5) No agent can represent more than one party in any proceeding except with leave of the Registrar or with the express consent of each party, which consent shall be filed with the Registrar.

(6) The consent required by subsection (5) shall be filed with the notice of appeal or notice of motion, as the case may be.

(7) A counsel may file a notice with the Registrar appointing a permanent agent.

### *Service*

16. (1) Service of any document may be made by serving a party's counsel or the counsel's agent with such document, except that where a party is acting on his own behalf service may be made on such party or, where applicable, on such party's agent.

(2) Service of notices, motions, summonses, orders and other proceedings, shall, unless otherwise ordered by the Registrar, be effected between eight o'clock in the forenoon and six o'clock in the afternoon on any day other than a Saturday or holiday.

(3) The Registrar may make such order for substitutional service as circumstances may require.

(4) An affidavit of service shall be as in Form A.

### *Substituting and Adding Parties*

17. (1) Unless the Act provides otherwise, a party may be added or substituted upon a motion before the Registrar setting out the reasons why the person should be so added or substituted.

(2) Subject to subsection (7), no person shall be added or substituted as a party without his consent in writing being filed.

(3) The motion referred to in subsection (1) shall be served upon the other party, or parties, and the proposed added or substituted parties.

(5) Un correspondant ne peut représenter plus d'une partie qu'avec l'autorisation du registraire ou qu'après avoir produit auprès de ce dernier le consentement exprès de chacune des parties.

(6) Le consentement exigé au paragraphe (5) doit être produit en même temps que l'avis de pourvoi ou l'avis de requête, selon le cas.

(7) Un procureur peut désigner un correspondant permanent et en donner avis au registraire.

### *Signification*

16. (1) La signification d'un document peut être faite au procureur d'une partie ou au correspondant de ce procureur, mais la signification peut être faite à la partie qui comparaît en personne ou à son correspondant si elle en a un.

(2) Sauf ordonnance contraire du registraire, la signification des avis, requêtes, assignations, ordonnances et autres procédures doit s'effectuer entre 8 heures et 18 heures tous les jours, sauf le samedi et les jours fériés.

(3) Lorsque les circonstances l'exigent, le registraire peut ordonner un mode de signification différent.

(4) L'affidavit de signification doit être rédigé selon la formule A.

### *Substitution et addition de parties*

17. (1) Sauf dispositions contraires de la Loi, une partie peut être ajoutée aux procédures ou substituée à une autre sur requête présentée au registraire énonçant les motifs de cette addition ou substitution.

(2) Sous réserve du paragraphe (7), nulle personne ne peut être ajoutée comme partie ou substituée à une autre si elle n'a pas produit un consentement écrit à cet effet.

(3) La requête mentionnée au paragraphe (1) doit être signifiée aux autres parties, et à la partie que l'on veut ajouter ou remplacer.

(4) The substitution or addition referred to in subsection (1) may be set aside on a motion before the Court or a Judge.

(4) La Cour ou un juge peut, sur requête, annuler la substitution ou l'addition mentionnée au paragraphe (1).

(5) Upon a motion to set aside the substitution or addition referred to in subsection (1), the Court or a Judge may direct that evidence relevant to the motion be taken or may direct that the parties proceed in the proper court to have any issue relevant to the motion tried and determined and proceedings may be stayed until after the trial and determination of the issue.

*a* (5) Sur requête en annulation de la substitution ou de l'addition mentionnée au paragraphe (1), la Cour ou un juge peut ordonner la production d'éléments de preuve pertinents à la requête ou renvoyer les parties devant le tribunal compétent *b* afin d'y faire instruire et juger toute question pertinente, auquel cas les procédures peuvent être suspendues jusqu'à ce qu'une décision soit rendue.

(6) Parties substituted or added shall, unless otherwise ordered by a Judge or the Registrar, be served with all documents provided for in these Rules and any time periods shall begin as provided for in the order.

*c* (6) Sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, tous les documents dont font état les présentes règles doivent être signifiés aux parties ainsi substituées ou ajoutées, et les délais commencent à courir selon les modalités de l'ordonnance.

(7) In any proceeding, the Court or a Judge may direct that a party be added or substituted where, in the opinion of the Court or the Judge, such addition or substitution is necessary to enable the Court to adjudicate the issues in the proceedings.

*d* (7) Dans toutes les procédures, la Cour ou un juge peut ordonner l'addition ou la substitution d'une partie s'il l'estime nécessaire pour permettre à la Cour de trancher les questions en litige.

*Intervention*

*Intervention*

18. (1) Any person interested in an appeal or a reference may, by leave of the Court or a Judge, intervene therein upon such terms and conditions and with such rights and privileges as the Court or Judge may determine.

*f* 18. (1) Sur autorisation de la Cour ou d'un juge, toute personne ayant un intérêt dans un pourvoi ou dans un renvoi peut y intervenir aux conditions et avec les droits et privilèges que la Cour ou le juge peut établir.

(2) Any intervener in the courts below, who is not a party before the Court, shall be considered an intervener in an appeal before the Court unless, within 30 days from the filing of the notice of appeal, he indicates that he does not wish to be considered as such.

*g* (2) Tout intervenant devant les cours d'instance inférieure qui n'est pas partie devant la Cour est réputé être intervenant au pourvoi, à moins que dans les 30 jours de la production de l'avis de pourvoi, il ne fasse connaître sa décision à l'effet *h* contraire.

*Affidavits*

*Affidavits*

19. (1) An affidavit shall be filed to substantiate any fact that is not a matter of record in the Court.

*i* 19. (1) La vérité d'un fait dont la preuve n'est pas au dossier de la Cour doit être attestée par un affidavit.

(2) When the record of the court appealed from or of the trial court is deposited with the Registrar, such record is part of the record of the Court.

*j* (2) Lorsque le dossier du tribunal dont le jugement est porté en appel ou celui du tribunal de première instance est déposé au greffe, il fait partie du dossier de la Cour.

(3) An affidavit to be used in a proceeding shall be confined to the statement of facts within the knowledge of the deponent, but statements based on information or belief that state the source of the information or the grounds of belief may be admitted by the Court or the Judge.

#### *Examination on Affidavit*

20. (1) Any party desiring to cross-examine a deponent who has made an affidavit filed on behalf of any other party may, by leave of a Judge, serve upon the party who filed the affidavit a notice in writing requiring the production of the deponent for cross-examination before a commissioner for taking affidavits designated by the Judge.

(2) The notice required by subsection (1) shall be served within such time as may be ordered.

(3) Unless the deponent is produced for cross-examination, his affidavit shall be dismissed, unless otherwise ordered by the Court or a Judge.

(4) Any cross-examination referred to in subsection (1) shall take place before the proceeding is heard, unless otherwise ordered by the Court or a Judge.

#### *Style of Cause*

21. (1) The cover page of the case on appeal, an application for leave and all motions shall have a style of cause, without abbreviation of names, set out in accordance with subsections (2) to (6).

(2) The name of the applicant or the appellant shall be set out first with the designation "Applicant" or "Appellant", as the case may be, followed by his status in the court of first instance.

(3) Then shall follow the name of each party against whose interest the proceeding is launched followed by the designation "Respondent" and his status in the court of first instance.

(4) Thereafter shall be mentioned any other party or intervenor to the proceeding in the Court

(3) Un affidavit à l'appui d'une procédure doit se limiter à l'énoncé des faits dont le déclarant a connaissance, mais la Cour ou un juge peut accepter des déclarations fondées sur des renseignements ou une croyance si elles révèlent la source des renseignements ou les motifs justifiant la croyance.

#### *Interrogatoire sur affidavit*

20. (1) Lorsqu'une partie veut contre-interroger un déclarant qui a signé un affidavit produit pour le compte d'une autre partie, elle peut, avec l'autorisation d'un juge, signifier à la partie qui a produit cet affidavit un avis écrit requérant la comparution du déclarant pour le contre-interroger devant un commissaire autorisé à recevoir les serments désigné par le juge.

(2) L'avis mentionné au paragraphe (1) doit être signifié dans le délai spécifié.

(3) Si le déclarant ne se soumet pas au contre-interrogatoire, son affidavit sera rejeté, sauf ordonnance contraire de la Cour ou d'un juge.

(4) Le contre-interrogatoire mentionné au paragraphe (1) doit avoir lieu avant l'audition de la procédure, sauf ordonnance contraire de la Cour ou d'un juge.

#### *Intitulé*

21. (1) L'intitulé figurant sur la couverture du dossier, sur celle d'une requête en autorisation et de toute autre requête ne doit comporter aucun nom abrégé et leur présentation doit suivre les paragraphes (2) à (6).

(2) Le nom du requérant ou de l'appelant doit paraître en premier lieu avec la mention de sa qualité de «Requérant» ou d'«Appelant», selon le cas, suivie de la description de sa qualité devant le tribunal de première instance.

(3) Doit paraître ensuite le nom de chacune des parties visées par les procédures, suivi de leur qualité d'«Intimé», puis de leur qualité devant le tribunal de première instance.

(4) Le nom de toute autre partie ou intervenant aux procédures devant la Cour doit suivre, avec

together with his status if any in the court of first instance.

(5) The description of status in the court of first instance referred to in this Rule shall be in parentheses.

(6) The status of a party in the Court of Appeal shall not be set out unless the party was not a party in the court of first instance or the matter originated in the Court of Appeal.

*Motions before a Judge or the Registrar*

22. (1) Except as otherwise provided, all motions before a Judge or the Registrar shall be brought by notice in writing in accordance with Form B and shall be supported by an affidavit.

(2) The motion, the draft order in pursuance of the motion and any supporting material shall be served upon all parties.

(3) The original and one copy of the motion, the draft order, and all supporting material, shall be filed with the Clerk of Process not less than three clear days before the time of the hearing, unless the Registrar otherwise orders.

(4) Any final order made by a Judge or the Registrar pursuant to this Rule shall be prepared by the successful party, and shall have endorsed thereon the approval as to form and content of all parties, prior to being entered.

(5) Judgment may be rendered without attendance of parties on motions consented to by all parties.

*Applications for Leave to Appeal and Motions before the Court*

23. (1) An application for leave or any motion before the Court shall be supported by the following documentation assembled in the following manner and order:

(a) there shall be a cover page entitled: IN THE SUPREME COURT OF CANADA, followed by a reference, in parentheses, to the court appealed from and the complete style of cause

l'indication de sa qualité devant le tribunal de première instance, le cas échéant.

(5) L'indication de la qualité devant le tribunal de première instance exigée par le présent article doit être mise entre parenthèses.

(6) La qualité des parties en Cour d'appel ne doit pas être mentionnée, à moins qu'elles n'aient pas été parties devant le tribunal de première instance ou que l'affaire ait débuté en Cour d'appel.

*Requêtes à un juge ou au registraire*

22. (1) Sauf dispositions contraires, toute requête présentée à un juge ou au registraire est introduite par un avis de requête rédigé selon la formule B et accompagné d'un affidavit.

(2) La requête, le projet d'ordonnance en découlant et tout document à l'appui doivent être signifiés à toutes les parties.

(3) Sauf ordonnance contraire du registraire, l'original et une copie de la requête, du projet d'ordonnance et de tout document à l'appui doivent être produits au greffe au moins trois jours francs avant la date de l'audition.

(4) Toute ordonnance définitive d'un juge ou du registraire en vertu du présent article doit être rédigée par la partie qui a eu gain de cause et porter à l'endos l'accord de toutes les parties quant à la forme et au contenu avant de pouvoir être inscrite.

(5) Lorsque toutes les parties consentent à une requête, le jugement peut être rendu hors de leur présence.

*Requêtes en autorisation de pourvoi et autres requêtes à la Cour*

23. (1) Une requête en autorisation de pourvoi et toute autre requête présentée à la Cour doivent être accompagnées des pièces suivantes, assemblées comme suit:

a) une couverture avec l'en-tête COUR SUPRÊME DU CANADA, suivi de l'indication, entre parenthèses, de la cour d'où vient le pourvoi et de l'intitulé complet conforme à l'ar-

as required by Rule 21; below the style of cause shall be stated the nature of the motion and the sections of the Act or the Rule or rules on which the motion is based; thereunder shall appear the names and addresses of the respective counsel <sup>a</sup> for the parties on the left and their agents, if any, on the right;

(b) there shall then follow a complete table of contents chronologically indicating the dates of listed material. All subsequent pages shall be enumerated consecutively; <sup>b</sup>

(c) after the table of contents there shall be in the following order:

- (i) motion in accordance with Form B, <sup>c</sup>
- (ii) affidavit in support, if required,
- (iii) other material relied upon in chronological order,
- (iv) all formal judgments followed by the respective reasons for judgment, commencing with the court of first instance followed consecutively and ending with the court last appealed from, except where a court delivered judgment without recorded reasons, in which case a note to that effect shall appear in the table of contents in lieu of a page number, <sup>d</sup>
- (v) memorandum of argument; this memorandum shall be in four parts as follows: <sup>e</sup>

Part I: a brief statement of facts,

Part II: a concise statement of points in issue,

Part III: a brief statement of argument, <sup>f</sup>

Part IV: the nature of the order requested, and the memorandum shall be signed by counsel responsible for its preparation or by the party appearing in person, <sup>g</sup>

(vi) a table of authorities expected to be referred to by the party appearing in person or his counsel, arranged alphabetically and setting out the pages in the argument upon which reference is made to each authority, <sup>h</sup>

(vii) when it is intended to rely on any statutory enactment, copies of the relevant provisions shall be printed as appendices to the memorandum or five copies of the enactment shall be filed in lieu of such appendices. Any appendices shall be listed in the table of contents, and <sup>i</sup> <sup>j</sup>

ticle 21; sous l'intitulé, la nature de la requête et les articles de la Loi ou des règles sur lesquels elle se fonde; enfin au bas, à gauche, les noms et adresses des procureurs respectifs des parties et à droite, les noms et adresses de leurs correspondants respectifs, s'ils en ont;

b) une table des matières complète, où est indiquée chronologiquement la date de chaque document. Toutes les pages suivantes sont numérotées consécutivement;

c) à la suite de la table des matières, les pièces sont placées dans l'ordre suivant:

- (i) la requête, rédigée selon la formule B, <sup>c</sup>
- (ii) l'affidavit à l'appui, s'il y a lieu,
- (iii) les pièces à l'appui dans l'ordre chronologique,

(iv) les dispositifs des jugements et les motifs de chacun, en commençant par ceux du tribunal de première instance pour finir dans l'ordre par ceux du tribunal d'où vient le pourvoi; toutefois, si un tribunal a rendu un jugement sans motifs écrits, il faut le mentionner dans la table des matières à la place du numéro de page, <sup>d</sup>

(v) un mémoire sous la signature du procureur qui l'a rédigé ou de la partie qui comparaît en personne, divisé en quatre parties: <sup>e</sup>

Partie I: un bref exposé des faits,

Partie II: un énoncé concis des questions en litige, <sup>f</sup>

Partie III: un bref exposé des arguments, <sup>g</sup>

Partie IV: la nature de l'ordonnance demandée, <sup>h</sup>

(vi) une table des arrêts et ouvrages que la partie qui comparaît en personne ou son procureur entend invoquer, classés en ordre alphabétique et les pages du mémoire où ils sont cités, <sup>i</sup>

(vii) lorsqu'une partie ou son procureur se propose de s'appuyer sur un texte législatif, elle doit en reproduire les extraits pertinents en annexe à son mémoire ou en produire cinq exemplaires; toutes les annexes doivent être inscrites dans la table des matières, et <sup>j</sup>

(viii) when it is intended to refer to evidence, excerpts only of the evidence including exhibits relied on may be filed.

(viii) lorsqu'une partie ou son procureur se propose de se référer à des éléments de preuve, elle ne doit produire que les extraits sur lesquels elle s'appuie; il en est de même pour les pièces.

(2) Unless otherwise ordered by the Registrar where documents that are required to be produced in support of an application for leave or a motion are reproduced in the appeal book filed with the appeal court from which the appeal is sought to be taken, that appeal book may be filed in lieu of the documents referred to in subparagraph (1)(c)(iii).

(2) Sauf ordonnance contraire du registraire, lorsque les pièces dont la production est requise à l'appui d'une requête sont reproduites au dossier de la cour dont le jugement est porté en appel, ce dossier peut être produit au lieu des pièces décrites au sous-alinéa (1)c(iii).

(3) The documents in support of an application for leave or a motion shall be reproduced in the manner provided for a printed case in Rule 33 and shall be clear and legible.

(3) Les pièces soumises à l'appui d'une requête doivent être reproduites en la forme prévue pour un dossier à l'article 33 et être claires et lisibles.

(4) The respondent to an application for leave or a motion may file a concise statement of the facts, the law, and excerpts of the evidence including exhibits upon which he relies. The number of copies to be filed shall be the same as for the applicant referred to in subsection (5). Such statement shall be signed by counsel responsible for its preparation or by the party appearing in person.

(4) L'intimé peut produire un mémoire dans lequel il expose avec concision les arguments de faits et de droit et les éléments de preuve sur lesquels il s'appuie. Le nombre d'exemplaires requis est le même que pour le mémoire du requérant mentionné au paragraphe (5). Le mémoire doit être signé par le procureur ou la partie qui comparait en personne.

(5) Unless otherwise ordered by a Judge, the applicant shall file five copies of all material relating to an application for leave or a motion except that where an appeal book is filed in accordance with subsection (2), three copies of the appeal book may be filed.

(5) Sauf ordonnance contraire d'un juge, le requérant doit produire cinq exemplaires de tous les documents accompagnant une requête. Toutefois, lorsqu'un dossier est produit en vertu du paragraphe (2), trois exemplaires de ce dossier suffisent.

(6) An application for leave or a motion and all material required to be filed shall be served upon the parties in the court below 20 clear days before the time for hearing and shall be filed with the Registrar 15 clear days before such hearing.

(6) La requête et tous les documents dont la production est requise doivent être signifiés aux parties au litige devant le tribunal d'instance inférieure 20 jours francs avant le jour de l'audition et produits auprès du registraire 15 jours francs avant ladite audition.

(7) The respondent shall serve and file the material referred to in subsection (4) 7 clear days before the hearing.

(7) L'intimé doit signifier et produire les documents énumérés au paragraphe (4) sept jours francs avant l'audition.

*Hearing of Applications for Leave and Motions Before the Court*

*Audition des requêtes en autorisation et des autres requêtes à la Cour*

24. (1) Unless otherwise directed by the Chief Justice or, in his absence, the senior puisne Judge present, applications for leave and motions in

24. (1) Sauf directives contraires du Juge en chef ou, en son absence, du doyen des juges puînés présents, la Cour entend les requêtes le premier



Court shall be heard on the first day of a session and on the succeeding first and third Mondays in each month of a session.

(2) The Court may hear applications for leave and motions on dates other than those specified in section 32 of the Act.

(3) Unless the Court otherwise directs, no more than one counsel shall be heard for each party and in reply on applications for leave and motions.

(4) Unless the Court otherwise permits,

(a) the applicant appearing in person or his counsel, on an application for leave or upon a motion, shall limit his oral submission to fifteen minutes, and his reply shall be limited to five minutes; and

(b) the respondent appearing in person or his counsel shall limit his oral submission to fifteen minutes.

(5) There shall be no oral submission by interveners in applications for leave or motions before the Court unless ordered by a judge prior to the hearing of such application or motion.

#### *Abandoned Motions*

25. Except in criminal cases, when an application for leave or a motion is withdrawn or otherwise abandoned the opposite party shall thereupon be entitled to have its costs taxed without any order as an abandoned motion or application.

#### *Notice of Appeal*

26. (1) When leave to appeal is granted or where the appeal is under section 38 of the Act, the appeal shall be perfected by serving and filing a notice of appeal on all parties within 30 days from the judgment granting leave, unless otherwise ordered by the Court or a Judge.

(2) Security shall be provided by the appellant within the time limit set out in subsection (1).

(3) When the appeal is one as of right, the appeal shall be perfected by serving and filing a

jour de chaque session et ensuite les premier et troisième lundis de chaque mois pendant la session.

(2) La Cour peut entendre des requêtes à des dates différentes de celles fixées à l'article 32 de la Loi.

(3) Sauf ordonnance contraire de la Cour, le nombre de procureurs qui plaident à l'audition d'une requête est limité à un seul par partie.

(4) À moins d'une autorisation contraire de la Cour,

a) la plaidoirie du requérant qui comparaît en personne ou celle de son procureur ne doit pas excéder 15 minutes et sa réplique cinq minutes; et

b) la plaidoirie de l'intimé qui comparaît en personne ou celle de son procureur ne doit pas excéder 15 minutes.

(5) Sauf ordonnance d'un juge rendue avant l'audition d'une requête, les intervenants ne plaident pas à cette audition.

#### *Abandon des requêtes*

25. Sauf en matière criminelle, lorsqu'une requête en autorisation ou toute autre requête est retirée ou autrement abandonnée, la partie adverse a droit, sans ordonnance, à l'adjudication de ses dépens au titre d'une requête abandonnée.

#### *Avis de pourvoi*

26. (1) Une fois que l'autorisation de pourvoi est accordée ou lorsque le pourvoi est interjeté aux termes de l'article 38 de la Loi, le pourvoi est parfait par la signification et la production d'un avis de pourvoi à toutes les parties dans les 30 jours de l'autorisation, sauf ordonnance contraire de la Cour ou d'un juge.

(2) Le cautionnement doit être déposé par l'appelant dans le délai fixé au paragraphe (1).

(3) Dans le cas d'un pourvoi de plein droit, il est parfait par la signification à toutes les parties d'un

notice of appeal on all parties within the time specified by the applicable statute.

(4) If the appeal is not perfected, as required by subsection (1), (2) or (3), the respondent may move before the Court or a Judge for the dismissal of the appeal.

*Stay of Execution*

27. Any party against whom judgment has been given, or an order made, by the Court or any other court, may apply to the Court for a stay of execution or other relief against such a judgment or order, and the Court may give such relief upon such terms as may be just.

*Motions to Quash*

28. (1) Unless the Court or a Judge otherwise orders, the respondent may apply to the Court for an order quashing an appeal within 60 days after the filing of a notice of appeal.

(2) Upon service of the notice of motion to quash, all further proceedings in the appeal shall be stayed until the motion has been disposed of unless the Court or a Judge otherwise orders.

(3) If the appeal is quashed, the appellant may, in the discretion of the Court, be ordered to pay the whole or any part of the costs of the appeal.

(4) Unless otherwise ordered by a Judge, 10 copies of the motion and of all documents in support of it shall be filed.

*Cross-appeals*

29. (1) If a respondent intends at the hearing of an appeal to argue that the decision of the court below should be varied, he shall, within thirty days after the service of the notice of appeal or within such time as a Judge allows, give notice of such intention to all parties who may be affected thereby. The omission to give such notice shall not in any way limit the power of the Court to treat the whole case as open but may, in the discretion of the Court, be a ground for an adjournment of the hearing.

avis de pourvoi et sa production dans le délai fixé par la loi applicable.

(4) Si les exigences des paragraphes (1), (2) ou (3) ne sont pas respectées, l'intimé peut s'adresser à la Cour ou à un juge pour obtenir le rejet du pourvoi.

*Sursis à l'exécution*

27. La partie contre laquelle la Cour ou un autre tribunal a rendu un jugement ou une ordonnance peut demander à la Cour un sursis à l'exécution de ce jugement ou de cette ordonnance ou un autre redressement, et la Cour peut accéder à cette demande aux conditions qu'elle juge appropriées.

*Requêtes en annulation*

28. (1) Sauf ordonnance contraire de la Cour ou d'un juge, l'intimé peut demander à la Cour l'annulation du pourvoi dans les 60 jours du dépôt de l'avis de pourvoi.

(2) Sauf ordonnance contraire de la Cour ou d'un juge, la signification de la requête en annulation entraîne la suspension de toutes les procédures jusqu'à ce qu'un jugement sur la requête soit prononcé.

(3) Si le pourvoi est annulé, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner à l'appelant de payer la totalité ou une partie des dépens du pourvoi.

(4) Sauf ordonnance contraire d'un juge, la requête en annulation et toutes les pièces à l'appui doivent être produites en 10 exemplaires.

*Pourvois incidents*

29. (1) Lorsque l'intimé a l'intention de plaider à l'audition d'un pourvoi que le jugement du tribunal d'instance inférieure devrait être modifié, il doit, dans les 30 jours de la signification de l'avis de pourvoi ou dans le délai accordé par un juge, en aviser toutes les parties intéressées. Le défaut de donner cet avis ne modifie aucunement le pouvoir de la Cour de considérer l'ensemble de l'affaire, mais peut justifier à la discrétion de la Cour, un ajournement de l'audition.

(2) If a respondent intends to appeal a part of any judgment not made subject of the appeal by the appellant, the respondent shall obtain leave to make such cross-appeal.

#### *References*

30. (1) When a reference is made to the Court by the Governor in Council or a case is stated for the Court's opinion under the authority of any Act of the Parliament of Canada or an appeal is taken pursuant to section 37 of the Act, the reference, stated case on appeal or an appeal pursuant to section 37 of the Act shall be inscribed for hearing by the Registrar upon the direction and order of the Court or a Judge.

(2) References shall comply with these Rules.

#### *Evidence on Reference*

31. (1) Where a question, referred to the Court by the Governor in Council pursuant to section 55 of the Act, involves the giving of an opinion as to the disposition the Court would make of a case already disposed of by a Court of Appeal, the Court may receive or require further evidence upon any question which it considers relevant.

(2) Such evidence shall be taken as authorized by the Act, and in the manner directed by the Court.

#### *Notice of Constitutional Question or Question Relating to Rights*

32. (1) When a party to an appeal

(a) intends to raise a question as to the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of Regulations made thereunder,

(b) intends to urge the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder, or that the statute shall not be construed or applied, by reason of the *Canadian Bill of Rights*, or

(2) L'intimé qui veut attaquer une partie du jugement contre laquelle l'appelant ne se pourvoit pas, doit obtenir l'autorisation de former ce pourvoi incident.

#### *Renvois*

30. (1) Dans le cas d'un renvoi à la Cour par le gouverneur en conseil, d'un exposé de cause soumis à la Cour en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou d'un pourvoi prévu à l'article 37 de la Loi, le registraire doit inscrire le renvoi, l'exposé de cause ou le pourvoi pour audition selon les directives et l'ordonnance de la Cour ou d'un juge.

(2) Les renvois sont soumis aux présentes règles.

#### *Preuve au renvoi*

31. (1) Lorsque le gouverneur en conseil soumet une question à la Cour en vertu de l'article 55 de la Loi pour obtenir son opinion sur le règlement d'une affaire déjà jugée par une cour d'appel, la Cour peut recevoir ou exiger des éléments de preuve additionnels sur toute question qu'elle considère pertinente.

(2) Les éléments de preuve additionnels doivent être recueillis de la manière autorisée par la Loi et conformément aux directives de la Cour.

#### *Avis de question constitutionnelle ou de question relative aux droits*

32. (1) Lorsque, dans le cas d'un pourvoi autorisé par cette Cour, par la cour de dernier ressort d'une province, par la Cour d'appel fédérale ou d'un pourvoi de plein droit, une partie

a) entend contester la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province, ou de l'un de leurs règlements d'application,

b) entend plaider le caractère inopérant d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province ou de l'un de leurs règlements d'application ou plaider que la loi ne doit pas être interprétée ni appliquée vu la *Déclaration canadienne des droits*,

(c) intends to urge that his rights as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been infringed or denied,

such party shall, upon notice to the other parties, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question, within thirty days from the granting of leave to appeal or within thirty days from the filing of the notice of appeal in an appeal with leave of the court of final resort in a province, the Federal Court of Appeal, or in an appeal as of right.

(2) The parties to a reference under section 55 of the Act shall follow the procedure set out in subsection (1).

(3) The time referred to in subsection (1) may be extended by the Court or a Judge.

(4) Upon a motion, the Chief Justice or a Judge shall state the question or questions and direct service thereof upon the Attorney General of Canada and the attorneys general of all the provinces within the time prescribed by him together with notice to the attorneys general that any of them who desires to intervene shall file a notice of intention in Form C to that effect within the time stated which shall not be less than 4 weeks from the date of the notice.

(5) Any order made by the Chief Justice or a Judge pursuant to this Rule shall be prepared for the signature of the Registrar by the party making the motion and all such orders shall be included in and form part of the case on appeal.

(6) A constitutional question or questions to be raised pursuant to this Rule shall be included in Part I of the factum.

(7) Any attorney general, after leave to intervene has been granted under Rule 18 shall follow the procedure set out in subsection (1) to state a constitutional question or questions except the question shall be stated within 15 days after leave to intervene has been granted.

(8) Where an attorney general is an intervener in the Courts below, he may upon notice to the other parties or interveners, apply to the Chief

c) entend plaider qu'elle est victime de violation ou de négation des droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*,

elle doit, après avoir donné avis aux autres parties et dans les 30 jours de l'autorisation de pourvoi ou de l'inscription de l'avis de pourvoi, s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question.

(2) Les parties à un renvoi aux termes de l'article 55 de la Loi doivent suivre la procédure visée au paragraphe (1).

(3) Le délai fixé au paragraphe (1) peut être prorogé par la Cour ou par un juge.

(4) Sur requête, le Juge en chef ou un juge formule alors la question et en ordonne la signification au procureur général du Canada et aux procureurs généraux de toutes les provinces dans le délai fixé par lui, avec avis que ceux qui veulent intervenir doivent déposer un avis à cet effet rédigé selon la formule C dans le délai prescrit qui est d'au moins quatre semaines de la date de l'avis.

(5) L'ordonnance rendue par le Juge en chef ou un juge en vertu de la présente règle doit être rédigée pour la signature du registraire par la partie requérante; cette ordonnance fait partie du dossier.

(6) La question constitutionnelle posée conformément au présent article doit être incluse dans la première partie du mémoire.

(7) Lorsqu'une autorisation d'intervenir est accordée à un procureur général en vertu de l'article 18, il doit suivre la procédure prévue au paragraphe (1) pour que soit formulée une question constitutionnelle. Toutefois, la question doit être formulée dans les 15 jours de l'autorisation d'intervenir.

(8) Lorsqu'un procureur général est intervenant devant les cours d'instance inférieure, il peut, sur avis aux autres parties, s'adresser au Juge en chef

Justice or a Judge for the purpose of stating the question or questions within 30 days from the granting of leave to appeal or within 30 days from the filing of the notice of appeal,

- (a) in an appeal with leave of the court of final resort in a province or of the Federal Court of Appeal; or  
 (b) in an appeal as of right.

#### *Case on Appeal*

33. (1) A case provided for by section 67 of the Act shall be printed on white paper of good quality, and on one side of the paper only with the printed pages to the left and the type shall be 10 point. If the printing is by the stencil or offset process, the type shall not be smaller than standard "elite" or larger than standard "pica".

(2) The size of the page shall be 21.5 cm by 28 cm and every tenth line shall be numbered in the left margin. The number of lines on each page shall be about 47, exclusive of headings, which shall not be counted in the marginal numbering, and there shall be generally at least 500 words in every printed page.

(3) A case shall be bound in the following sequence and shall consist of a grey-coloured cover, an index and the following parts:

Part I—Pleadings, orders, entries or other proceedings (excepting the certificates in Form D and Form E), and the order granting leave to appeal if such was required, in chronological order.

Part II—The evidence.

Part III—The exhibits.

Part IV—All judgments in the courts below and the reasons for judgment where available.

Part V—The agreement of the parties as to the contents of the case, or a copy of the order settling it, the certificate of the Registrar of the court appealed from in Form D, and the certificate of the counsel in Form E.

ou à un juge pour que soit formulée la question dans les 30 jours de l'autorisation de pourvoi ou de l'inscription de l'avis de pourvoi, lorsqu'il s'agit

- a) d'un pourvoi autorisé par la cour de dernier ressort d'une province ou par la Cour d'appel fédérale;  
 b) d'un pourvoi de plein droit.

#### *Dossier*

33. (1) Le dossier prévu à l'article 67 de la Loi doit être imprimé sur du papier blanc de bonne qualité, d'un seul côté de la feuille et le texte doit être imprimé à gauche avec un caractère d'imprimerie de 10 points. Si l'impression est faite au stencil ou en «offset», le caractère utilisé ne doit pas être plus petit que le caractère «élite» normal ni plus grand que le caractère «pica» normal.

(2) Le format de la feuille doit être de 21,5 cm par 28 cm et un numéro doit être porté en marge gauche toutes les 10 lignes. Chaque page doit comprendre en moyenne 47 lignes, à l'exclusion des titres qui ne comptent pas dans la numérotation marginale. Il doit y avoir normalement au moins 500 mots par page imprimée.

(3) Le dossier doit être relié dans l'ordre suivant et se composer d'une couverture grise, d'une table des matières et des parties suivantes:

Partie I—les actes de procédure, les ordonnances, les inscriptions ou les autres procédures (à l'exception des attestations rédigées selon les formules D et E) et l'ordonnance accordant l'autorisation de pourvoi, le cas échéant, le tout dans l'ordre chronologique.

Partie II—la preuve.

Partie III—les pièces.

Partie IV—tous les jugements rendus par les tribunaux d'instance inférieure ainsi que les motifs de jugement s'il y a lieu.

Partie V—l'accord des parties sur le contenu du dossier ou une copie de l'ordonnance qui le détermine, l'attestation du greffier de la cour dont le jugement est porté en appel, rédigée selon la formule D, et l'attestation du procureur, rédigée selon la formule E.

(4) The cover of a case shall be entitled "In the Supreme Court of Canada" and immediately thereunder shall appear the name of the court and the province from which the appeal comes and the style of cause without abbreviation or translation in parentheses. Thereafter shall appear "Case on Appeal" between appropriate parallel lines. There shall be added below the words "Case on Appeal", the names and addresses of the solicitors with their telephone numbers for the parties in a column to the left with the names and addresses of such solicitors' agents, if any, with their telephone numbers in a column to the right.

(5) Every page except facsimile reproduced exhibits shall have a headline. The contents of the headline shall be in accordance with the following requirements:

(a) pleadings—the description and date of each pleading and the party who filed it;

(b) affidavits—their relationship to the action or any motion related thereto, the name of the deponent, the date of the affidavit and the party submitting it;

(c) orders or other proceedings—their date and the authority for issuance;

(d) evidence—the name of the witness, the party calling the witness, and whether examination-in-chief, cross-examination, or re-examination or examination per curiam as the case may be;

(e) exhibits—the number or letter under which they were filed;

(f) judgments—the words "Judgment of" followed by the name of the court and its date;

(g) reasons for judgment—the words "Reasons for judgment of", followed by the name of the judge, the court, and the date.

(6) (a) Where evidence is printed in English the questions shall be preceded by the letter "Q" and the answer by the letter "A".

(b) Where evidence is printed in French the questions shall be preceded by the letter "Q" and the answer by the letter "R".

This subsection shall not apply to the evidence when it is in the form required by the court of appeal of the province from where it comes.

(4) La couverture du dossier doit porter l'en-tête «Cour suprême du Canada», immédiatement suivi entre parenthèses de la désignation du tribunal et de la province d'où vient le pourvoi, puis de l'intitulé de l'affaire, sans abréviation ni traduction. Sont ensuite inscrits les mots «Dossier» entre deux lignes parallèles, puis en-dessous en colonne à gauche les noms, adresses et numéros de téléphone des procureurs des parties et, le cas échéant, en colonne à droite les noms, adresses et numéros de téléphone de leurs correspondants.

(5) Chaque page, à l'exception des pièces reproduites en fac-similé, doit porter un des titres conforme aux exigences suivantes:

a) les actes de procédure: leur objet, leur date et le nom de la partie qui les produit;

b) les affidavits: leur lien avec l'instance ou les requêtes s'y rapportant, le nom du déclarant, la date de l'affidavit et le nom de la partie qui l'a présenté;

c) les ordonnances ou les autres procédures: leur date et l'autorité dont elles émanent;

d) les témoignages: le nom du témoin, la partie qui l'a cité, en précisant s'il s'agit de l'interrogatoire, du contre-interrogatoire ou du ré-interrogatoire ou de l'interrogatoire de la cour;

e) les pièces: la cote sous laquelle elles ont été produites;

f) les jugements: les mots «jugement de», suivis du nom du tribunal et de la date;

g) les motifs de jugement: les mots «Motifs de jugement du», suivis du nom du juge, du tribunal et de la date.

(6) a) Quand les témoignages sont imprimés en français, les questions doivent être précédées de la lettre Q et les réponses de la lettre R.

b) Quand les témoignages sont imprimés en anglais, les questions doivent être précédées de la lettre Q, et les réponses de la lettre A.

Ce paragraphe ne s'applique pas aux témoignages qui sont imprimés en la forme prescrite par la cour d'appel de la province d'origine.

(7) All printed or written documents filed as exhibits shall be grouped together and printed in the order in which they were filed at trial.

If the whole case will require two or more volumes and the party appearing in person or his counsel considers that it will facilitate reference to the exhibits, they may be reproduced in the final volume. On the cover, after the volume number, shall appear the word "Exhibits" in bold letters.

(8) All pages of the case, including any special volume for exhibits, shall be numbered consecutively.

(9) Unless otherwise ordered, by a Judge or the Registrar, all pleadings, judgments and other documents shall be printed in full and the style of cause shall not be abbreviated except where two or more actions are the basis of the appeal.

(10) Where a case exceeds 300 pages, it shall be bound in separate volumes of approximately 200 pages each.

(11) When the case on appeal is printed in more than one volume, below the words "Case on Appeal" on each volume and between the parallel lines, shall be indicated in Roman numerals the volume number and after or below the volume number the page numbers of the first and last pages in that volume.

(12) The index shall be printed at the beginning of each volume of case and shall set out in detail the entire contents of the four parts of the case, with dates and description of the nature of the material as required for the headlines and, in the case of exhibits, shall indicate the page at which it is referred to for the first time in evidence and, in the case of a judgment given without recorded reasons, in the column for page numbers shall be inserted the phrase "no recorded reasons".

(13) The pages of the index shall be numbered with small Roman numerals at the top centre of the page and the remaining pages of the case shall be numbered consecutively with the numbers

(7) Les imprimés et écrits produits à titre de pièces doivent être réunis et imprimés dans l'ordre dans lequel ils ont été produits en première instance.

*a* Lorsque le dossier entier nécessite deux volumes ou plus et que, de l'avis de la partie qui comparaît en personne ou de son procureur, le renvoi aux pièces s'en trouvera facilité, celles-ci peuvent être reproduites dans le dernier volume. Le mot «Pièces» doit figurer en caractères gras sur la couverture après le numéro du volume.

*b* (8) Toutes les pages du dossier, ainsi que celles du volume spécial des pièces, doivent être numérotées consécutivement.

*c* (9) Sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, les actes de procédure, les jugements et autres documents sont imprimés intégralement et l'intitulé ne peut être abrégé que si deux actions ou plus sont à l'origine du pourvoi.

*d* (10) Lorsque le dossier dépasse 300 pages, il doit être relié en volumes distincts d'environ 200 pages chacun.

*e* (11) Si le dossier comprend plus d'un volume, sous les mots «Dossier» et entre les deux lignes parallèles, il faut indiquer le numéro du volume en chiffres romains et mettre à sa suite ou en-dessous le numéro de la première et de la dernière page de ce volume.

*f* (12) Une table des matières doit être insérée au début de chaque volume du dossier et indiquer en détail le contenu des quatre parties du dossier, avec les dates et descriptions de la nature des documents comme dans le cas des titres; dans le cas des pièces, elle doit indiquer la page à laquelle il y est fait référence pour la première fois dans la preuve; dans le cas des jugements rendus sans motifs consignés, il faut mentionner dans la colonne destinée aux numéros de page «aucun motif consigné».

*g* (13) La table des matières doit être paginée en chiffres romains minuscules centrés en haut de la page et le reste du dossier doit être paginé de manière consécutive en centrant le numéro en haut

placed at the top center of the page. Nothing shall appear above the page number.

de la page. Rien ne doit figurer au-dessus du numéro de la page.

*Case To Be Printed and Copies Filed With Registrar*

*Impression du dossier et production au greffe*

34. (1) A case shall be printed by the appellant who shall serve every party with a copy and file 21 copies thereof with the Registrar except in the case of a Reference where 31 copies shall be filed.

a

34. (1) L'appelant doit faire imprimer le dossier, en signifier un exemplaire à chaque partie et en produire 21 exemplaires au greffe; s'il s'agit d'un renvoi, 31 exemplaires devront être produits.

b

(2) The case shall be filed on or before the eighth Tuesday preceding the first day of the session at which the appeal is to be heard.

c

(2) Le dossier doit être produit au plus tard le huitième mardi qui précède le premier jour de la session au cours de laquelle le pourvoi doit être entendu.

(3) The Registrar may reduce the number of copies of a case or any part thereof required to be filed by this Rule.

(3) Le registraire peut réduire le nombre d'exemplaires du dossier ou de toute partie de ce dernier.

*Dispensing with Printing of Case*

d

*Dispense d'impression du dossier*

35. (1) The Court or a Judge may, upon a motion by any party, dispense with the printing or copying of any evidence, documents or plans forming part of a case.

e

35. (1) Sur requête d'une partie, la Cour ou un juge peut dispenser de l'impression ou de la reproduction des éléments de preuve, documents ou plans faisant partie du dossier.

(2) The court appealed from shall transmit to the Registrar, in addition to the case referred to in section 68 of the Act, a certificate in Form D.

f

(2) La cour dont le jugement est porté en appel doit transmettre au registraire, outre le dossier prévu à l'article 68 de la Loi, une attestation rédigée selon la formule D.

*Motion to Dismiss for Delay in Filing Case*

*Requête en rejet pour retard dans la production du dossier*

36. If the appellant does not file and serve his case on appeal within the time prescribed by Rule 34, the respondent may move to dismiss.

g

36. Si l'appelant omet de produire et de signifier son dossier dans le délai prescrit à l'article 34, l'intimé peut demander le rejet du pourvoi.

*Contents of Factum*

*Contenu des mémoires*

37. (1) The factum shall consist of five parts as follows:

h

37. (1) Un mémoire doit comporter les cinq parties suivantes:

Part I—In the appellant's factum this part shall be a concise statement of the facts. In the respondent's factum this part shall be a concise statement of his position with respect to the appellant's statement of facts including a concise statement of such other facts as he considers relevant.

i

Partie I—dans cette partie de leur mémoire respectif, l'appelant doit énoncer succinctement les faits et l'intimé doit énoncer succinctement sa position relativement aux faits énoncés par l'appelant et les faits additionnels qu'il estime pertinents.

Part II—In the appellant's factum this part shall contain a concise statement of the points

j

Partie II—dans cette partie de leur mémoire respectif, l'appelant doit faire un énoncé



in issue in the appeal. In the respondent's factum this part shall contain a statement of his position in regard to the appellant's points which the respondent wishes to put in issue.

Part III—A statement of the argument setting out briefly and concisely the points of law or fact to be discussed, with a particular reference to the page and line of the case and the authorities relied upon in support of each point. When a statute, regulation, rule, ordinance or by-law is cited, or relied on, so much thereof as may be necessary to the determination of the appeal, shall be printed as an appendix to the factum or ten copies of such statute, regulation, rule, ordinance or by-law may be filed for the use of the Court.

Part IV—A brief and concise statement stating the nature of the order that the party desires the Court to make, including any special disposition with regard to costs.

Part V—A table of authorities expected to be referred to by the party appearing in person or his counsel, arranged alphabetically, and setting out the page or pages in the submission upon which reference is made to each authority.

(2) Where the party appearing in person or his counsel chooses to supply copies of authorities for the use of the Court, he shall also supply a copy to counsel for each party or to the party representing himself, and all the copies shall

(a) be legible;

(b) be fastened together by stitching or rings or some similar device in one or more volumes, each numbered; and

(c) contain at the front of each volume an index of the authorities in it.

(3) Paragraphs in Parts I to IV inclusive shall be numbered consecutively.

#### *Factums to be Filed and Served*

38. (1) On or before the sixth Tuesday preceding the first day of the session at which an appeal is to be heard, the appellant shall serve three copies of his factum on the other party or parties,

concis des points en litige dans le pourvoi et l'intimé doit énoncer sa réponse aux points soulevés par l'appellant et qu'il estime pertinents de débattre.

Partie III—un résumé de l'argumentation énonçant succinctement les moyens de droit ou de fait à débattre, avec un renvoi à la page et à la ligne du dossier et aux arrêts et ouvrages invoqués à l'appui de chaque moyen. Lorsqu'une loi, un règlement, une règle, une ordonnance ou un décret est cité ou invoqué, l'extrait pertinent doit être reproduit en annexe au mémoire ou le texte intégral déposé en 10 exemplaires à l'intention de la Cour.

Partie IV—un énoncé concis de la nature de la décision recherchée et de toute disposition particulière relative aux dépens.

Partie V—une liste des arrêts et ouvrages que la partie qui comparaît en personne ou son procureur entend invoquer, en ordre alphabétique avec un renvoi à la page où ils sont cités.

(2) Lorsque la partie qui comparaît en personne ou son procureur choisit de déposer auprès de la Cour des exemplaires des arrêts et ouvrages, il doit également en fournir un exemplaire au procureur de chaque partie, ou à la partie qui comparaît en personne; chaque exemplaire doit

a) être très lisible;

b) être broché ou attaché par des anneaux ou par un autre procédé similaire, en un ou plusieurs volumes numérotés;

c) contenir, en liminaire, une liste des arrêts et ouvrages qui y sont reproduits.

(3) Les paragraphes des parties I à IV doivent être numérotés consécutivement.

#### *Production et signification des mémoires*

38. (1) Au plus tard le sixième mardi précédant le premier jour de la session au cours de laquelle le pourvoi doit être entendu, l'appellant doit signifier trois exemplaires de son mémoire à la partie

one copy on each intervener and shall file twenty-one copies of the factum with the Registrar.

(2) On or before the second Tuesday preceding the first day of the session at which the appeal is to be heard, the respondent shall serve three copies of his factum on the other party or parties and one copy on each intervener and shall file twenty-one copies of the factum with the Registrar.

(3) Notwithstanding subsections (1) and (2), if the appeal is a Reference, thirty-one copies of each factum shall be filed.

*Printing of Factum*

39. (1) Subject to subsection (4), factums shall be printed in the same form and manner as for the case on appeal, and shall include an index after which all pages shall be numbered consecutively.

(2) The color of the cover of the appellant's factum shall be buff, the cover of the respondent's factum shall be green, and the cover of the intervener's factum shall be blue.

(3) A factum shall indicate on its cover the party filing it and, when there is more than one appellant or respondent, the name of the party and the title appellant or respondent, as the case may be, shall be given.

(4) The lines of the factum shall be spaced one and one-half lines apart, except for quotations from authorities which shall be indented and single-spaced.

*Signature on Factums*

40. (1) The name of the counsel responsible for the preparation of a factum and the name of each party represented by that counsel shall be type-written at the end of the material.

(2) The original of the factum shall be signed by the counsel responsible for its preparation or by the party appearing in person.

*Factum on Cross-Appeal*

41. Where there is a cross-appeal, the respondent's factum shall consist of two main headings,

adverse et un exemplaire à chaque intervenant et il doit en produire 21 au greffe.

(2) Au plus tard le deuxième mardi précédant le premier jour de la session au cours de laquelle le pourvoi doit être entendu, l'intimé doit signifier trois exemplaires à la partie adverse et un exemplaire à chaque intervenant et il doit en produire 21 au greffe.

(3) Nonobstant les paragraphes (1) et (2), dans le cas d'un renvoi, 31 exemplaires de chaque mémoire doivent être produits au greffe.

*Impression des mémoires*

39. (1) Sous réserve du paragraphe (4), un mémoire doit être imprimé en la même forme que le dossier et comprendre une table des matières à la suite de laquelle toutes les pages sont numérotées consécutivement.

(2) La couverture du mémoire de l'appellant doit être de couleur chamois, celle du mémoire de l'intimé, de couleur verte, celle du mémoire de l'intervenant, de couleur bleue.

(3) Le nom de la partie qui produit le mémoire doit être indiqué sur la couverture. S'il y a plus d'un appellant ou d'un intimé, le nom de la partie doit être suivi de sa qualité d'«appellant» ou d'«intimé», selon le cas.

(4) Le mémoire doit être imprimé à un interligne et demi, à l'exception des extraits des arrêts et ouvrages qui doivent être à interligne simple et en retrait.

*Signature des mémoires*

40. (1) Les noms du procureur qui a rédigé le mémoire et de chaque partie qu'il représente doivent être dactylographiés à la fin de celui-ci.

(2) Le procureur qui a rédigé le mémoire, ou la partie qui comparaît en personne, doit signer l'original.

*Mémoire relatif au pourvoi incident*

41. En cas de pourvoi incident, le mémoire de l'intimé doit comporter deux titres principaux,

each of five parts as described in Rule 37, the first entitled "Factum on Appeal", and the second "Factum on Cross-Appeal" and the appellant may file and serve a further factum as his answer to the cross-appeal in the manner provided for a respondent in Rule 38(2) within two weeks of being served with the factum.

#### *Late Filing of Factums*

42. (1) If the appellant does not file and serve his factum as prescribed by Rule 38, the respondent may move to dismiss.

(2) If the respondent does not file his factum within the time required by Rule 38, the appellant may move before a Judge for directions regarding production of the factum.

#### *Discontinuance*

43. (1) An appellant may discontinue his appeal by serving a notice of discontinuance on the respondent who, after filing the said notice with the Registrar, shall thereupon be entitled to have his costs taxed by the Registrar without any order.

(2) A notice of discontinuance shall be served by the appellant at the same time upon all other parties in the appeal.

#### *Inscription and Notice of Inscription*

44. (1) The appeal shall be inscribed for hearing by the appellant in accordance with Form F.

(2) The Registrar on or before the second Tuesday preceding the first day of the session of the Court shall enter on a list all those appeals which have been inscribed pursuant to subsection (1).

(3) No appeal shall be inscribed for hearing until the case and the factum of the appellant have been filed and served in accordance with Rules 34 and 38, unless by leave of a Judge or of the Registrar.

(4) Within 10 days from the completion of the list, the appellant shall serve a notice of hearing in Form G upon all parties.

divisés chacun en cinq parties en la forme prescrite par l'article 37, le premier intitulé «Mémoire relatif au pourvoi» et le second «Mémoire relatif au pourvoi incident». L'appellant peut, en réponse au pourvoi incident, produire et signifier un autre mémoire en la forme prescrite au paragraphe 38(2), dans les deux semaines de la signification du mémoire de l'intimé.

#### *Production tardive des mémoires*

42. (1) Si l'appellant ne produit pas et ne signifie pas son mémoire de la façon prescrite à l'article 38, l'intimé peut présenter une requête en rejet.

(2) Si l'intimé ne produit pas son mémoire dans le délai prescrit à l'article 38, l'appellant peut demander à un juge des directives relativement à la production du mémoire.

#### *Désistement*

43. (1) Un appellant peut se désister de son pourvoi en signifiant un avis de désistement à l'intimé qui, sur simple production au greffe, fait alors taxer ses dépens par le registraire sans ordonnance.

(2) L'avis de désistement doit être signifié aux autres parties au pourvoi.

#### *Inscription et avis d'inscription*

44. (1) L'appellant doit inscrire le pourvoi pour audition au moyen de la formule F.

(2) Au plus tard le deuxième mardi précédant le premier jour de la session de la Cour, le registraire met au rôle tous les pourvois inscrits selon le paragraphe (1).

(3) Aucun pourvoi ne peut être inscrit pour audition avant que le dossier et le mémoire de l'appellant ne soient produits et signifiés selon les articles 34 et 38, sauf avec l'autorisation d'un juge ou du registraire.

(4) Dans les 10 jours de la mise au rôle, l'appellant doit signifier à toutes les parties un avis d'audition rédigé selon la formule G.

*Dismissal of Appeals for Late Inscription*

45. If the appeal is not inscribed for hearing within one year after the serving and filing of the notice of appeal,

(a) the respondent may, on notice to the appellant, move before the Court or a Judge thereof for the dismissal of the appeal; and/or

(b) the Registrar may advise the parties by written notice that, if the appeal is not inscribed for hearing within 60 days, the appeal may, by an order of a Judge made on the application of the Registrar, be dismissed as an abandoned appeal.

*Hearings and Attendance at Appeals or Judgments*

46. (1) Unless otherwise ordered by the Chief Justice or the senior puisne judge present, appeals shall be heard in the order in which they have been inscribed for hearing, and if any party neglects to appear at the proper day to support or oppose the appeal, the Court may hear the party or parties present and may dispose of the appeal without hearing the party so neglecting to appear, or may postpone the hearing upon such terms including the payment of costs as the Court considers necessary.

(2) The name of counsel appearing before the Court shall be given to the Clerk of Process one week before the appeal is to be heard.

(3) Unless the Court permits otherwise,

(a) no more than two counsel for each party and one counsel for each intervener shall be heard on any appeal; and

(b) only one counsel for each party shall be heard in reply.

(4) Intervenors shall not have the right of reply unless the Court otherwise permits.

(5) When judgment is reserved in any matter, counsel representing the parties and the intervenors, or their agents, will be notified by the Registrar as to the date the judgment will be delivered and counsel or their agents will be expected to attend.

*Rejet des pourvois pour inscription tardive*

45. Si le pourvoi n'est pas inscrit pour audition dans l'année qui suit la signification et la production de l'avis de pourvoi,

a) l'intimé peut, après en avoir avisé l'appelant, demander le rejet du pourvoi à la Cour ou à un juge;

b) le registraire peut aviser par écrit les parties qu'il demandera à un juge de rendre une ordonnance rejetant le pourvoi en tant que pourvoi abandonné si celui-ci n'est pas inscrit pour audition dans les 60 jours.

*Auditions et présence aux pourvois ou aux jugements*

46. (1) Sauf ordonnance contraire du Juge en chef ou du doyen des juges puînés présents, les pourvois sont entendus dans l'ordre de leur inscription au rôle. Si une partie ne comparaît pas au jour fixé, la Cour peut n'entendre que les parties présentes et statuer sans entendre la partie absente, ou elle peut ajourner l'audition aux conditions qu'elle juge nécessaires, notamment quant aux dépens.

(2) Le greffe doit être avisé au moins une semaine avant l'audition du pourvoi du nom des procureurs qui comparaitront en Cour.

(3) Sauf permission de la Cour,

a) le nombre de procureurs qui plaident à un pourvoi est limité à deux par partie et à un seul par intervenant; et

b) le nombre de procureurs qui plaident en réplique est limité à un seul par partie.

(4) Les intervenants n'ont pas le droit de réplique, sauf permission de la Cour.

(5) Lorsqu'une question a été mise en délibéré, le registraire doit aviser les procureurs qui représentent les parties et les intervenants ou leurs correspondants de la date du prononcé du jugement et l'on compte sur la présence des procureurs ou de leurs correspondants.

*Appeals in Forma Pauperis*

47. (1) Leave *in forma pauperis* may be granted by making a motion before a Judge or the Court.

(2) A motion *in forma pauperis* shall be supported by an affidavit from the appellant stating that his net assets, exclusive of his family home and the subject matter of the proceeding, do not exceed five thousand dollars and that he is unable to provide security.

(3) Where an appellant is granted leave to appeal *in forma pauperis*, he shall not be required to give security as provided by section 66 of the Act or to pay any fees to the Registrar.

(4) Leave to defend or intervene in an appeal *in forma pauperis* may be granted by making a motion before a Judge or the Court.

(5) A motion referred to in subsection (4) shall be supported by an affidavit from the respondent or intervener stating that his net assets, exclusive of his family home and the subject matter of the proceeding, do not exceed five thousand dollars.

*Judgment*

48. (1) The pronouncement of judgment delivered by the Court under seal and signed by the Registrar shall constitute the judgment of the Court.

(2) Certified copies of the judgment may be obtained from the Registrar on payment of the fee set out in the tariff of fees in Schedule A.

(3) For the purpose of this Rule, pronouncement of judgment includes any judgment delivered by the Court, orally or in writing, whether on an appeal, application for leave or motion.

*Date of Judgment*

49. Every judgment shall be dated as of the day on which such judgment is pronounced and the judgment takes effect from that day.

*Pourvois in forma pauperis*

47. (1) L'autorisation de se pourvoir *in forma pauperis* peut être accordée sur présentation d'une requête à un juge ou à la Cour.

(2) Une requête *in forma pauperis* doit être accompagnée d'un affidavit de l'appelant dans lequel celui-ci déclare que la valeur de ses biens, à l'exclusion de sa maison familiale et de l'objet des procédures, ne dépasse pas 5 000 dollars, et qu'il est incapable de fournir un cautionnement.

(3) Lorsqu'un appellant obtient l'autorisation de se pourvoir *in forma pauperis*, il n'est pas tenu de fournir le cautionnement prévu à l'article 66 de la Loi ni de verser des honoraires au registraire.

(4) L'autorisation de former une défense ou d'intervenir *in forma pauperis* peut être accordée sur présentation d'une requête à un juge ou à la Cour.

(5) La requête mentionnée au paragraphe (4) doit être accompagnée d'un affidavit de l'intimé ou de l'intervenant dans lequel celui-ci déclare que la valeur de ses biens, à l'exclusion de sa maison familiale et de l'objet des procédures, ne dépasse pas 5 000 dollars.

*Jugement*

48. (1) Le dispositif du jugement rendu par la Cour, une fois revêtu du sceau et signé par le registraire, constitue le jugement de la Cour.

(2) On peut se procurer des copies certifiées du jugement auprès du registraire, sur paiement des honoraires fixés à l'annexe A.

(3) Le présent article vise tout jugement oral ou écrit rendu par la Cour, qu'il s'agisse d'un pourvoi, d'une requête en autorisation ou d'une autre requête.

*Date du jugement*

49. Chaque jugement porte la date du jour où il a été prononcé et il prend effet à compter de ce jour.

*Motion to Vary*

50. (1) A party may move before a Judge at any time before the expiry of 30 clear days from the pronouncement of the judgment to vary the judgment as pronounced.

(2) A motion to vary a judgment may only be made where the judgment signed by the Registrar

(a) contains an error in writing or calculation or any other clerical error;

(b) does not accord with the judgment as pronounced by the Court; or

(c) inadvertently includes in or omits from the judgment pronounced or the disposition made of the proceeding by the Court, a matter on which the Court pronounced or that the Court disposed of.

(3) Upon a motion referred to in subsection (1), the Judge may vary the judgment as pronounced, or direct that a motion be made pursuant to Rule 51.

*Rehearing*

51. (1) There shall be no rehearing of an appeal except by order of the Court or at the instance of the Court.

(2) The Court may either before or after judgment is rendered order a rehearing at its own instance.

(3) A motion requesting a rehearing shall be in writing stating the grounds for the motion, supported by a memorandum of argument.

(4) The motion shall be made prior to the expiry of 30 clear days from the pronouncement of the judgment.

(5) The motion and memorandum shall be filed and served on all the other parties that appeared upon the appeal.

(6) Within two weeks after the service of the motion and memorandum of argument, the other parties to the appeal may file and serve a memorandum of argument in writing in response to the motion.

*Requête en rectification*

50. (1) Une partie peut, dans les 30 jours francs du prononcé d'un jugement, demander à un juge d'en rectifier le dispositif.

(2) La requête en rectification n'est recevable que si elle fait valoir que le dispositif signé par le registraire

a) contient une coquille, une erreur de calcul ou une autre erreur d'écriture;

b) n'est pas conforme au jugement prononcé par la Cour;

c) comprend, par inadvertance, une question sur laquelle la Cour n'a pas statué ou omet une question par elle tranchée.

(3) Le juge saisi de la requête visée peut rectifier le dispositif du jugement ou ordonner qu'une requête soit présentée en vertu de l'article 51.

*Nouvelle audition*

51. (1) Aucun pourvoi ne peut être entendu de nouveau, sauf sur autorisation de la Cour ou à son initiative.

(2) La Cour peut, avant ou après jugement, prendre l'initiative d'ordonner une nouvelle audition.

(3) Une requête en nouvelle audition doit être présentée par écrit et doit en énoncer les motifs, avec un mémoire à l'appui.

(4) La requête doit être présentée dans les 30 jours francs du prononcé du jugement.

(5) La requête et le mémoire doivent être produits et signifiés à toutes les parties présentes à l'audition.

(6) Dans les deux semaines de la signification de la requête et du mémoire, les autres parties au pourvoi peuvent produire et signifier un mémoire en réponse.

(7) Within two weeks after the service of the response, the applicant may file and serve upon all parties his reply to the responses served upon him.

(8) All submissions shall enumerate briefly and concisely, the grounds upon which the motion is based or opposed.

(9) There shall be no oral argument on the motion requesting a rehearing unless by direction of the Court.

(10) Unless otherwise ordered by the Court, costs awarded on a motion requesting a rehearing, shall be taxed as for a motion before the Court.

(11) When any documents are required to be filed pursuant to this Rule a copy shall be filed for each of the Judges who heard the appeal, and one for the Court record.

(12) There shall be no rehearing on an application for leave or a motion.

#### *Oaths and Witnesses Before Registrar*

52. The Registrar, in all proceedings before him, shall have power to administer oaths and examine witnesses.

#### *Order of Registrar Binding*

53. Subject to Rule 55, every order made by the Registrar shall be binding on all parties concerned as if the same had been made or given by a Judge.

#### *Registrar to Sign Orders*

54. All orders shall be signed by the Registrar.

#### *Registrar's Reference to Judge*

55. The Registrar may refer any matter before him to a Judge for a decision.

#### *Review of Order of Registrar*

56. (1) Any person affected by an order of the Registrar may apply to a Judge for a review of the order.

(7) Dans les deux semaines de la signification de la réponse, le requérant peut produire une réplique et doit la signifier à toutes les parties.

<sup>a</sup> (8) Les mémoires doivent énoncer avec concision et précision les motifs de la requête ou ceux de sa contestation.

<sup>b</sup> (9) Il n'y a pas de plaidoiries orales sur une requête en nouvelle audition, sauf directives de la Cour à cet effet.

<sup>c</sup> (10) Sauf ordonnance contraire de la Cour, les dépens adjugés sur une requête en nouvelle audition doivent être taxés comme s'il s'agissait d'une requête ordinaire.

<sup>d</sup> (11) Lorsqu'il est nécessaire de produire des pièces en vertu du présent article, il faut en produire un exemplaire à l'intention de chacun des juges qui a siégé au pourvoi, en plus de celui destiné au dossier de la Cour.

<sup>e</sup> (12) Aucune requête en autorisation ou autre requête ne peut faire l'objet d'une nouvelle audition.

#### *Serments et témoins devant le registraire*

52. Le registraire a le pouvoir de faire prêter serment et d'interroger des témoins aux fins des procédures qui lui sont soumises.

#### *Effet des ordonnances du registraire*

<sup>g</sup> 53. Sous réserve de l'article 55, une ordonnance du registraire lie toutes les parties intéressées comme si elle émanait d'un juge.

#### *Signature des ordonnances par le registraire*

<sup>h</sup> 54. Le registraire signe toutes les ordonnances.

#### *Renvoi à un juge*

<sup>i</sup> 55. Le registraire peut renvoyer toute affaire qui lui est soumise à un juge.

#### *Révision des ordonnances du registraire*

<sup>j</sup> 56. (1) Une personne visée par une ordonnance du registraire peut en demander la révision à un juge.

(2) An application for the review of an order of the Registrar shall be by motion stating the reasons for the objection and shall be heard within 20 days from the day the order was made, notwithstanding Rule 11(4).

(3) Unless otherwise ordered by the Registrar, a motion for a review of an order of the Registrar shall be served at least 5 clear days before the day fixed for the hearing of the motion.

*Fees to be Paid to Registrar*

57. The fees payable to the Registrar are those set out in these Rules in Schedule A.

*Taxation of Costs*

58. Unless otherwise ordered by the Court, costs in appeals or applications for leave or motions shall be taxed party and party pursuant to the tariff of fees contained in Schedule B.

*Adjustment of Costs*

59. In any proceeding in which by the order or direction of the Court or a Judge, a party entitled to receive costs is liable to pay costs to any other party, the Registrar

(a) may tax the costs such party is liable to pay and may adjust the same by way of deduction or set-off;

(b) may delay the allowance of the costs such party is entitled to receive until he has paid or tendered the costs he is liable to pay; or

(c) may allow or certify the costs to be paid and direct payment thereof, and the same may be recovered by the party entitled thereto, in the same manner as costs ordered to be paid may be recovered.

*Objection to the Taxation of Costs*

60. (1) Any person who objects to the taxation of a bill of costs may, within such time as the Registrar may fix either before or after the certificate of taxation is signed, file and serve an objection in writing specifying the item or parts objected to and the reasons therefor.

(2) Nonobstant le paragraphe 11(4), la requête en révision d'une ordonnance du registraire se fait par une requête énonçant les moyens invoqués et doit être entendue dans les 20 jours de l'ordonnance.

(3) À moins que le registraire n'en ordonne autrement, la requête en révision doit être signifiée au moins cinq jours francs avant le jour de son audition.

*Honoraires dus au registraire*

57. Les honoraires dus au registraire sont ceux indiqués à l'annexe A des présentes règles.

*Taxation des dépens*

58. À moins d'une ordonnance contraire de la Cour, les dépens des pourvois, des requêtes en autorisation ou des autres requêtes sont taxés entre parties conformément au tarif des honoraires établi à l'annexe B.

*Ajustement des dépens*

59. Lorsqu'en vertu d'une ordonnance ou d'instructions de la Cour ou d'un juge, une partie qui a droit aux dépens est également tenue d'en payer à une autre partie, le registraire

(a) peut taxer les dépens que cette partie doit payer et les rajuster en faisant une déduction ou une compensation;

(b) peut retarder l'adjudication des dépens auxquels cette partie a droit jusqu'à ce qu'elle ait payé ou offert de payer les dépens qu'elle doit;

(c) peut adjuger ou taxer les dépens et en prescrire le paiement, et la partie qui y a droit peut les recouvrer de la même manière que les dépens dont le paiement a été ordonné.

*Contestation de la taxation des dépens*

60. (1) Dans le délai que peut fixer le registraire, avant ou après la signature du certificat de taxation, une personne qui conteste la taxation d'un mémoire de frais peut produire et signifier les motifs écrits de sa contestation en y précisant de façon concise le poste ou les parties de la taxation qu'elle conteste.



(2) Pending the consideration of an objection to the taxation of a bill of costs, the Registrar may issue a certificate of taxation for or on account of that part of the bill of costs to which no objection has been filed, and such further certificate of taxation as may be necessary shall be issued by the Registrar after his decision upon the objection.

(3) The Registrar shall reconsider his taxation upon an objection and he may receive further evidence in respect thereof.

#### *Production of Books*

61. The Registrar may direct the production of such books, papers and documents as he considers necessary to tax costs.

#### *Application to a Judge for Review*

62. (1) Any party may, within such time as the Registrar may fix either before or after the certificate of taxation is signed, apply to a Judge for a review of a decision of the Registrar on an objection under Rule 60 and the Judge may make such order with respect to the item in dispute as he considers just.

(2) The certificate of taxation of the Registrar is final and conclusive as to all matters not objected to.

(3) A review by a Judge of a decision of the Registrar on an objection under Rule 60 shall be heard and determined upon the evidence that had been brought before the Registrar and no further evidence shall be received at the hearing unless the Judge otherwise directs.

(4) The costs in a review under this Rule shall be in the discretion of the Judge.

#### *Payment of Money into Court*

63. Money required to be paid into Court or to be deposited with the Registrar under paragraph 66(1)(b) of the Act shall be held in accordance with the requirements of the *Financial Administration Act*.

(2) En attendant l'examen de la contestation, le registraire peut délivrer un certificat de taxation pour la partie non contestée du mémoire de frais. Une fois qu'il a statué sur la contestation, le registraire doit délivrer le certificat de taxation approprié.

(3) Le registraire doit reconsidérer sa taxation en cas de contestation et il peut recevoir d'autres éléments de preuve à cet égard.

#### *Production de livres*

61. Aux fins de la taxation des dépens, le registraire peut ordonner la production des livres, papiers et pièces qu'il estime nécessaires.

#### *Requête en révision adressée à un juge*

62. (1) Dans le délai que peut fixer le registraire, avant ou après la signature du certificat de taxation, une partie peut demander à un juge de réviser la décision du registraire sur une contestation faite en vertu de l'article 60; le juge peut alors rendre l'ordonnance qu'il estime juste relativement au poste contesté.

(2) Le certificat de taxation du registraire est définitif et exécutoire quant aux matières non contestées.

(3) Lorsqu'un juge est saisi d'une requête en révision de la décision du registraire en matière de contestation de taxation en vertu de l'article 60, il doit trancher la question selon la preuve déposée devant le registraire et aucune autre preuve n'est recevable à moins d'une ordonnance contraire du juge.

(4) Les dépens d'une révision en vertu du présent article sont laissés à la discrétion du juge.

#### *Consignation en justice*

63. Les sommes qui doivent être consignées à la Cour ou déposées auprès du registraire en vertu de l'alinéa 66(1)(b) de la Loi, doivent être administrées conformément à la *Loi sur l'administration financière*.

*Approval of Security*

64. (1) When approval of security is required and such security has been approved in the court appealed from, the order approving the security or a certified copy thereof shall be filed with the Registrar within the time prescribed by Rule 26(2) and the case shall be accompanied by a certificate under the seal of the court below stating that the appellant has given proper security to the satisfaction of the court whose judgment is appealed from, or a judge thereof, and setting forth the nature of the security.

(2) A copy of any bond or other instrument by which security referred to in subsection (1) has been given shall be annexed to the certificate referred to in that subsection.

*Payment of Money Out of Court*

65. (1) Money shall be paid out of Court upon a motion to the Registrar.

(2) A motion for payment out of Court shall be served upon the other party or parties.

(3) The Registrar, upon a motion referred to in subsection (1), may provide for the payment of all monies to counsel, his agent or the party who paid the security, or their successors.

(4) If counsel for any party, his agent, the party itself or their successors cannot be found, notice of a motion for payment out, in lieu of service under subsection (2), may be given by posting a copy thereof at the office of the Registrar not less than 28 days prior to the return of the motion.

*Security and Interest*

66. Interest as may be authorized pursuant to the *Financial Administration Act*, shall be paid on money deposited as security from the day of deposit until the day the money is paid out or until a day that is seven years from the day of the last proceeding in the appeal, whichever is the earlier day.

*Approbation du cautionnement*

64. (1) Si l'approbation d'un cautionnement est requise et si ce dernier a été approuvé par la cour d'où vient le pourvoi, l'ordonnance d'approbation, ou une copie certifiée conforme, doit être déposée auprès du registraire dans le délai fixé au paragraphe 26(2). Le dossier doit être accompagné d'un certificat portant le sceau du tribunal d'instance inférieure, déclarant que l'appelant a fourni un cautionnement approprié à la satisfaction de ce tribunal ou de l'un de ses juges et indiquant la nature du cautionnement.

(2) Est jointe au certificat mentionné au paragraphe (1) une copie de toute obligation ou de tout autre acte au moyen duquel le cautionnement mentionné à ce paragraphe a pu être fourni.

*Remboursement par la Cour*

65. (1) Les sommes que la Cour doit rembourser, le sont sur requête adressée au registraire.

(2) La requête en remboursement doit être signifiée aux autres parties.

(3) Lorsque le registraire est saisi d'une requête mentionnée au paragraphe (1), il peut prévoir le remboursement des sommes au procureur, à son correspondant ou à la partie qui a consigné le cautionnement, ou à leurs successeurs.

(4) Lorsque le procureur d'une partie, son correspondant, la partie elle-même ou leurs successeurs sont introuvables, au lieu de procéder à la signification prévue au paragraphe (2), avis de la requête en remboursement peut être donné par affichage au greffe d'une copie de la requête au moins 28 jours avant sa présentation.

*Cautionnement et intérêt*

66. Selon l'autorisation qui peut être accordée en vertu de la *Loi sur l'administration financière*, les sommes déposées à titre de cautionnement portent intérêt du jour du dépôt au jour du remboursement ou pendant un maximum de sept années après le jour des dernières procédures relatives au pourvoi, suivant le plus rapproché de deux.

*Registrar to Keep Necessary Records*

67. All appropriate records of the proceedings in all suits and matters in the Court shall be kept in the office of the Registrar.

*Practice Notes*

68. The Registrar may issue practice notes as necessary to explain or clarify these Rules or the practice before the Court.

*Special Notice Convening Court*

69. The notice convening the Court pursuant to section 34 of the Act shall, pursuant to the directions of the Chief Justice or senior puisne Judge present, be published by the Registrar, as circumstances may require, for such time before the day appointed as the Chief Justice or senior puisne Judge may direct and shall be in Form H.

*Transitional*

70. (1) These Rules shall come into force on January 26, 1983 and subject to subsection (2) the Rules in effect on January 25, 1983 are revoked on the coming into force of these Rules.

(2) The Rules in force on the day prior to the day these Rules come into force shall continue to apply to proceedings commenced before the day these Rules come into force unless the parties agree to proceed in accordance with these Rules.

(3) Where in proceedings commenced before the day these Rules come into force, the parties agree to proceed in accordance with these Rules, the parties shall file a notice to that effect with the Clerk of Process.

SCHEDULE TO THE SUPREME COURT  
RULES

Form A (R. 16)  
Form B (R. 22, 23)  
Form C (R. 32)  
Form D (R. 33, 35)  
Form E (R. 33)  
Form F (R. 44)  
Form G (R. 44)  
Form H (46, 69)  
Schedule A (R. 48, 57)  
Schedule B (R. 58)

*Tenue des registres*

67. Le registraire doit tenir tous les registres appropriés pour inscrire les procédures dans toutes les affaires dont la Cour est saisie.

*Avis de pratique*

68. Le registraire peut publier les avis de pratique qu'il estime nécessaires pour expliquer ou préciser les présentes règles ou la pratique devant la Cour.

*Avis spécial de convocation de la Cour*

69. Le Juge en chef ou le doyen des juges puînés présents peut, en vertu de l'article 34 de la Loi, convoquer la Cour à une date antérieure à celle choisie auparavant en ordonnant la publication par le registraire d'un avis conforme à la formule H selon un mode adapté aux circonstances.

*Dispositions transitoires*

70. (1) Les présentes règles entrent en vigueur le 26 janvier 1983 et, sous réserve du paragraphe (2), les règles en vigueur le 25 janvier 1983 seront alors révoquées.

(2) Les règles en vigueur la veille du jour de l'entrée en vigueur des présentes règles continuent de s'appliquer aux procédures entamées jusqu'alors, à moins que les parties conviennent de suivre les présentes règles.

(3) Lorsque dans des procédures entamées avant l'entrée en vigueur des présentes règles les parties conviennent de suivre ces dernières, elles doivent produire un avis à cet effet au greffe.

ANNEXE AUX RÈGLES DE LA COUR  
SUPRÊME

Formule A (art. 16)  
Formule B (art. 22, 23)  
Formule C (art. 32)  
Formule D (art. 33, 35)  
Formule E (art. 33)  
Formule F (art. 44)  
Formule G (art. 44)  
Formule H (art. 46, 69)  
Annexe A (art. 48, 57)  
Annexe B (art. 58)

FORM "A"

(R. 16)

IN THE SUPREME COURT OF CANADA  
ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF

BETWEEN: .....

APPLICANT (Plaintiff)

— and —

.....

RESPONDENT (Defendant)

AFFIDAVIT OF SERVICE

I, ....., clerk, of the City of ....., in the County of ..... and Province of ....., MAKE OATH AND SAY AS FOLLOWS:

THAT I did on the ..... day of ....., A.D. 19.... personally serve ....., a ..... of ....., in the City of ....., with the annexed motion by delivering to him a true copy thereof while at the same time exhibiting the original.

SWORN TO BEFORE ME )  
at the City of ....., )  
in the County of ..... )  
and Province of ....., )  
this ..... day of ....., A.D. 19.... ) \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_)  
A Commissioner of Oaths, )

FORM "B"

(R. 22, 23)

FORM TO BE USED IN PREPARING APPLICATIONS FOR LEAVE AND MOTIONS PURSUANT TO THE SUPREME COURT ACT AND RULES

IN THE SUPREME COURT OF CANADA  
(On appeal from the Court of Appeal for the Province of .....)

FORMULE «A»

(art. 16)

COUR SUPRÊME DU CANADA

EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DE

ENTRE .....

REQUÉRANT (demandeur)

— et —

.....

INTIMÉ (défendeur)

AFFIDAVIT DE SIGNIFICATION

Je, ....., huissier, de la ville....., comté de..... province....., DÉCLARE SOUS SERMENT:

Que le.....jour de.....19...., j'ai personnellement signifié à (nom), (adresse et ville), l'avis de requête ci-joint, lui en laissant une copie certifiée tout en exhibant l'original.

f FAIT SOUS SERMENT DEVANT MOI  
à....., comté de....., province.....  
ce.....jour d.....19....

g  
\_\_\_\_\_)  
Commissaire pour recevoir les serments.

FORMULE «B»

(art. 22, 23)

FORMULE À UTILISER POUR LES REQUÊTES EN VERTU DE LA LOI SUR LA COUR SUPRÊME ET DES RÈGLES DE CETTE COUR

j COUR SUPRÊME DU CANADA (En appel d'un jugement de la Cour d'appel de la province d.....)

(herein insert the full style of cause in the manner approved for the Supreme Court of Canada)

**NOTICE OF APPLICATION OR MOTION** (as the case may be) TAKE NOTICE that (the appellant, applicant or respondent or as the case may be) will apply to (this Court or the Rota Judge of this Court or the Registrar of this Court, as the case may be) at the hour of ..... o'clock on the ..... day of ..... 19...., pursuant to (here cite the statute and section or Rule pursuant to which the application is made) for an order (herein insert the nature of the order or relief asked) or such further or other order that the said (Court, Judge or Registrar) may deem appropriate;

AND FURTHER TAKE NOTICE that in support of such application will be read (here identify by description and date all papers to which it is intended to refer) and such further or other material as counsel may advise and may be permitted;

AND FURTHER TAKE NOTICE that the said application shall be made upon the following grounds: (here set out concisely and number each and every one of the grounds upon which the application is made.)

Dated at (name of City, etc., and Province) this ..... day of ..... 19....

(Here type or write the name of counsel or firm authorizing the application together with their postal address and the name of the party represented.)

TO:—

THE REGISTRAR OF THIS COURT  
AND TO:—

(The name and address of each person or firm to be served with this Notice and capacity in which served.)

(Inscrire ici l'intitulé complet de la cause de la façon prescrite par la Cour suprême du Canada)

**AVIS DE REQUÊTE VOUS ÊTES AVISÉS** par les présentes que (l'appelant, le requérant, l'intimé ou autre selon le cas) s'adressera à (la Cour, un juge de service de la Cour ou au registraire de la Cour) suprême du Canada, à .....heures, (quantième) jours de (mois) 19...., en vertu de (indiquer l'article de la loi ou des règles sur lequel se fonde la requête) pour obtenir une ordonnance (indiquer la nature de l'ordonnance ou du redressement demandé) ou toute autre ordonnance que (la Cour, le juge ou le registraire) peut juger appropriée.

**VOUS ÊTES DE PLUS AVISÉS** que seront invoqués à l'appui de cette requête (indiquer ici par leur titre et leur date tous les documents que l'on veut invoquer) et avec autorisation, si nécessaire, toutes autres pièces que le procureur jugera utiles.

**VOUS ÊTES DE PLUS AVISÉS** que ladite requête se fonde sur les motifs suivants: (Indiquer ici de façon concise, par paragraphe numéroté, chacun des motifs sur lesquels se fonde la requête.)

FAIT à (nom de la ville et de la province), ce.....jour ..... d .....19....

(Inscrire ici à la main ou à la machine le nom du procureur ou de l'étude qui présente la requête et son adresse postale ainsi que le nom de son client.)

AU:—

REGISTRAIRE DE LA COUR  
ET À:—

(Inscrire le nom et l'adresse de chacune des personnes ou des études à qui l'avis doit être signifié et à quel titre il leur est signifié.)

FORM "C"

(R. 32)

FORM OF NOTICE OF INTENTION OF INTERVENTION

In the Supreme Court of Canada

A.B., appellant v. C.D., respondent

By order of the Chief Justice (or any other Judge), dated (day, month, year), giving notice of a constitutional issue being raised herein, the Attorney General of the Province (name) intends to intervene and file a factum in this matter.

Dated at this day of 19 .

Counsel

FORM "D" (R. 33, 35)

FORM OF CERTIFICATE AS TO CASE ON APPEAL BY THE REGISTRAR OF THE COURT APPEALED FROM

Name of Court appealed from

Style of Cause of Court Appealed from without abbreviations

I the undersigned, Registrar of (here insert name of Court appealed from) DO HEREBY CERTIFY that the foregoing case in ..... volume(s), being pages numbered one to ..... (which if applicable add—"together with exhibits numbered ..... and ..... with respect to which exhibits the Registrar of the Supreme Court of Canada has dispensed with their printing and which exhibits are reproduced in a supplemental volume"—or as the case may be) is the case as settled by order of ..... dated ..... (or, "is the case agreed upon by the parties to the appeal, by their consent as to contents of case date .....").

AND I DO FURTHER CERTIFY that all judgments and orders appearing therein have been settled and signed in the form in which they

FORMULE «C»

(art. 32)

FORMULE D'AVIS D'INTENTION D'INTERVENIR

Cour suprême du Canada

A.B., appelant c. C.D., intimé

Par suite de l'ordonnance du Juge en chef (ou d'un autre juge), en date du (jour, mois, année), qui donne avis de la question constitutionnelle soulevée dans le présent pourvoi, le procureur général de la province (nom) à l'intention d'intervenir et de produire un mémoire.

Fait à ce jour d 19 .

Le procureur.

FORMULE «D» (art. 33, 35)

FORMULE D'ATTESTATION DU DOSSIER ÉTABLIE PAR LE GREFFIER DE LA COUR D'OÙ LE POURVOI EST INTERJETÉ

Nom de la cour d'où le pourvoi est interjeté

Intitulé devant la cour d'où le pourvoi est interjeté, sans abréviations

JE, soussigné, greffier de (insérer ici le nom de la cour d'où le pourvoi est interjeté) CERTIFIE PAR LES PRÉSENTES que le dossier en.....volume(s), soit les pages numérotées de un à ....., (lequel le cas échéant ajouter «avec les pièces portant les numéros.....et....., à l'égard desquelles le registraire de la Cour suprême du Canada a accordé une dispense d'impression et lesquelles sont reproduites en un volume supplémentaire» — ou autre explication) constitue le dossier déterminé par une ordonnance de .....en date du.....(ou «constitue le dossier dont sont convenues les parties à l'appel, en s'entendant sur son contenu en date du.....»).

JE CERTIFIE, EN OUTRE, que tous les jugements et ordonnances y figurant ont été déterminés et signés en la forme où on les trouve et, au

appear and where required entered, and that there are no recorded reasons for judgments other than those appearing in the said case. The hearing of the case required.....hours and.....minutes of the sitting time of this Court.

IN TESTIMONY WHEREOF I have hereunto subscribed my hand and affixed the seal of the said (insert name of Court appealed from), this ..... day of ....., A.D. 19.....

REGISTRAR.

FORM "E" (R. 33)

CERTIFICATION OF COUNSEL ON CASE

I, ..... hereby certify that I have closely examined the annexed print of the case in appeal to the Supreme Court of Canada and verily believe that the same is a true and correct reproduction of the originals of which they purport to be copies and that all reasonable methods have been taken to attain that end and that the same has been proofread.

signed C.D.  
A counsel for the Appellant  
(or his Ottawa agent)

FORM "F" (R. 44)

FORM TO BE USED FOR INSCRIPTION IN THE SUPREME COURT OF CANADA

and

Required the inscription of the above case for hearing at the ensuing sitting of this Court at Ottawa,

on the ..... day of ..... 19.....

Dated this ..... day  
of A.D. 19.....

besoin, enregistrés, et qu'il n'existe pas de motifs de jugement autres que ceux qui figurent au dossier. L'audition de la cause a demandé.....heure et..... minutes du temps dont dispose cette cour  
a pour les audiences.

EN FOI DE QUOI j'ai souscrit mon nom aux présentes et y ai apposé le sceau de ladite (Insérer le nom de la cour d'où le pourvoi est interjeté),  
b ce..... jour.....d ..... 19.....

LE GREFFIER

FORMULE «E» (art. 33)

ATTESTATION DU PROCUREUR AU DOSSIER

JE, ..... certifie par les présentes que j'ai attentivement examiné le texte imprimé ci-annexé du dossier produit en Cour suprême du Canada, et je suis convaincu que ce texte est une reproduction fidèle et exacte des originaux dont les textes en question sont censés constituer des copies, qu'on a employé tous les moyens raisonnables pour atteindre ce but et qu'on en a fait la correction sur épreuves.

Le procureur de l'appelant  
(ou son correspondant à Ottawa)  
(Signature) C.D.

FORMULE «F» (art. 44)

FORMULE D'INSCRIPTION EN COUR SUPRÊME DU CANADA

et

i Est requise l'inscription de cette cause pour audition à la prochaine session de la Cour à Ottawa,

le ..... jour d ..... 19.....

j Fait ce ..... jour  
de 19.....

FORM "G" (R. 44)  
FORM OF NOTICE OF HEARING

In the Supreme Court of Canada  
A.B., appellant v. C.D., respondent

Take notice that this appeal has been set down for hearing at the sitting of this Court, to be held in Ottawa commencing \_\_\_\_\_, the day of \_\_\_\_\_ 19 \_\_\_\_\_

Dated at \_\_\_\_\_ this \_\_\_\_\_ day of \_\_\_\_\_ 19 \_\_\_\_\_

Counsel for the appellant  
or appellant in person

TO: C.D. or G.H., his counsel.  
TO: The Registrar of this Court.

FORM "H" (R.69)  
SUPREME COURT OF CANADA  
SPECIAL SESSION

The Supreme Court of Canada will hold a special session at the City of Ottawa on the \_\_\_\_\_ day of \_\_\_\_\_ 19 \_\_\_\_\_, for the purpose of hearing causes and disposing of such other business as may be brought before the Court (or for the purpose of hearing election appeals, criminal appeals, or appeals in cases of habeas corpus, or for the purpose of giving judgments only, as the case may be).

By order of the Chief Justice, or by order of Mr. Justice .....

(signed) P.L.,  
Registrar

Dated this \_\_\_\_\_ day of \_\_\_\_\_ 19 \_\_\_\_\_

FORMULE «G» (art. 44)  
AVIS D'AUDITION

Cour suprême du Canada  
A.B., appellant c. C.D. intimé

Vous êtes avisé que le présent pourvoi a été inscrit pour audition lors de la prochaine session de la Cour, qui débutera à d'Ottawa, le \_\_\_\_\_ jour d \_\_\_\_\_ 19 \_\_\_\_\_

Fait à \_\_\_\_\_, ce \_\_\_\_\_ jour d \_\_\_\_\_ 19 \_\_\_\_\_

Le procureur de l'appellant  
ou l'appellant en personne

A: C.D. ou G.H., son procureur  
AU: Registraire de cette Cour.

FORMULE «H» (art. 69)  
COUR SUPRÊME DU CANADA  
SESSION SPÉCIALE

La Cour suprême tiendra une session spéciale à Ottawa le \_\_\_\_\_ jour d \_\_\_\_\_ 19 \_\_\_\_\_, pour l'audition des causes et l'expédition des autres affaires qui peuvent être portées devant elle (ou pour l'audition d'appels en matière d'élection, ou de pourvois en matière criminelle ou d'habeas corpus, ou pour rendre jugement seulement, selon le cas).

Par ordre du Juge en chef ou de M. le juge .....

Le registraire  
(signature)

Fait ce \_\_\_\_\_ jour d \_\_\_\_\_ 19 \_\_\_\_\_



**SCHEDULE "A" (R. 48, 57)**  
**TARIFF OF FEES TO BE PAID TO THE**  
**REGISTRAR OF THE SUPREME COURT OF**  
**CANADA**

|   |       |
|---|-------|
| 1. On filing each notice of appeal .....  | \$ 30 |
| If the notice of appeal is accompanied by a notice of motion for leave to appeal <i>in forma pauperis</i> this payment shall be deferred until the outcome of such motion. This disbursement is not payable with respect to a notice of cross-appeal. |       |
| NOTE: Item 1 shall include all disbursements up to and including the hearing or rehearing of the appeal on the merits and in the case of discontinuance before hearing, includes taxation of costs.   |       |
| 2. On taxation of costs, after a judgment disposing of the appeal, application for leave or motion .....  | 30    |
| NOTE: Item 2 shall include all fees on settling judgment, taxation, certificate of taxation and one copy of the judgments for the courts below.   |       |
| 3. (a) For drawing certificate and certifying any copy of any judgment or order when required at the time issued. ....  | 3     |
| (b) When such certificate is requested thereafter (including search) .....  | 5     |
| 4. When certificate of the Registrar is requested certifying as to the state of proceedings or that there are no proceedings in any matter (including search) .....   | 10    |
| 5. For each typed copy of any document, paper, or proceeding, or any extract therefrom per folio .....  | .20   |
| 6. For each copy of reasons for judgment .....  | 5     |
| 7. For annual subscription to Court Bulletin .....  | 60    |
| or at the beginning of each session .....   | 20    |
| or each copy .....  | 5     |

**SCHEDULE "B" (R. 58)**  
**TARIFF OF FEES**

To be taxed between party and party in the Supreme Court of Canada:

|  |       |
|--|-------|
| 1. On stated case required by section 67 of the Act when prepared and agreed upon by the parties to the cause, including attendance on the judge to settle the same, if necessary, to each party ..... | \$ 50 |
| Subject to be increased by order of the Registrar.   |       |
| 2. Notice of appeal .....  | 20    |
| 3. On consent to appeal directly to the Supreme Court from the Court of original jurisdiction .....  | 10    |
| 4. Notice of giving security .....   | 5     |
| 5. Attendance on giving security .....   | 10    |
| 6. On motion to allow security at the discretion of the Registrar .....  | 30    |
| 7. On all motions before the Court .....   | 350   |
| Subject to be increased by order of the Registrar  |       |

**ANNEXE «A» (art. 48, 57)**  
**TARIF DES HONORAIRES DUS AU**  
**REGISTRAIRE DE LA COUR SUPRÊME DU**  
**CANADA**

|   |      |
|---|------|
| 1. Pour la production de chaque avis de pourvoi .....   | 30\$ |
| Si l'avis de pourvoi est accompagné d'un avis de requête en autorisation de pourvoi <i>in forma pauperis</i> , ce paiement doit être différé jusqu'à l'issue de la requête. Rien n'est exigible pour un avis de pourvoi incident. |      |
| NOTE: Le poste 1 doit comprendre tous les débours jusqu'à l'audition ou la nouvelle audition du pourvoi au fond et, dans le cas d'un désistement avant l'audition, comprend la taxation des dépens.                               |      |
| 2. Pour la taxation des dépens, après un jugement statuant sur le pourvoi, la requête en autorisation ou une autre requête .....  | 30\$ |
| NOTE: Le poste 2 comprend tous les honoraires de détermination de jugement, taxation, certificat de taxation, ainsi qu'une copie des jugements pour les tribunaux d'instance inférieure.  |      |
| 3. a) Pour dresser le certificat et attester toute copie de jugement ou d'ordonnance lorsque la demande en est faite au moment où ils sont rendus .....   | 3\$  |
| b) Lorsque ce certificat est demandé plus tard (frais de recherches compris) .....  | 5\$  |
| 4. Pour le certificat du registraire attestant l'état des procédures ou l'absence de procédures dans une affaire (frais de recherches compris) .....  | 10\$ |
| 5. Pour chaque copie dactylographiée de document, acte ou pièce de procédure, ou tout extrait, le folio .....   | 20¢  |
| 6. Pour chaque copie des motifs de jugement .....   | 5\$  |
| 7. Pour l'abonnement au Bulletin de la Cour, un versement annuel de .....   | 60\$ |
| ou un versement au début de chaque session de .....   | 20\$ |
| ou par numéro .....   | 5\$  |

**ANNEXE B (art. 58)**  
**TARIF D'HONORAIRES**

Taxables entre parties devant la Cour suprême du Canada:

|   |       |
|---|-------|
| 1. Pour l'exposé de cause aux termes de l'article 67 de la Loi lorsqu'il est rédigé et agréé par les parties, y compris la vacation auprès du juge en vue de le déterminer, au besoin, pour chaque partie ..... | 50\$  |
| Sous réserve d'augmentation par ordonnance du registraire.  |       |
| 2. Avis de pourvoi .....  | 20\$  |
| 3. Pour le consentement à un pourvoi direct du tribunal de première instance à la Cour suprême .....  | 10\$  |
| 4. Avis de cautionnement .....  | 5\$   |
| 5. Vacation pour fournir le cautionnement .....   | 10\$  |
| 6. Pour la requête en acceptation de cautionnement, à la discrétion du registraire .....  | 30\$  |
| 7. Pour toute requête devant la Cour .....  | 350\$ |
| Sous réserve d'augmentation par ordonnance du registraire.  |       |

|  |       |   |         |
|--|-------|---|---------|
| 8. On preparation of memorandum of argument on motions before the Court at the discretion of the Registrar up to ....  | 150   | 8. Pour la rédaction du mémoire accompagnant les requêtes devant la Cour, à la discrétion du registraire, jusqu'à un maximum de .....   | 150\$   |
| 9. Upon <i>ex parte</i> or uncontested motions before the Registrar, including affidavits, etc.....  | 25    | 9. Pour une requête <i>ex parte</i> ou non contestée devant le registraire, y compris les affidavits, etc. ....   | 25\$    |
| Subject to be increased in the discretion of the Registrar to a sum not exceeding .....  | 50    | Sous réserve d'augmentation à la discrétion du registraire, jusqu'à un maximum de .....   | 50\$    |
| 10. Upon motion before the Registrar contested in substance, including affidavits, etc.....  | 50    | 10. Pour une requête contestée au fond devant le registraire, y compris les affidavits, etc. ....   | 50\$    |
| Subject to be increased in the discretion of the Registrar in special circumstance to a sum not exceeding .....  | 100   | Sous réserve d'augmentation dans les circonstances spéciales, à la discrétion du registraire, jusqu'à un maximum de .....   | 100\$   |
| 11. Upon motion before a Judge, including affidavits, etc.....   | 75    | 11. Pour une requête devant un juge, y compris les affidavits, etc. ....  | 75\$    |
| Subject to be increased in the discretion of the Registrar   |       | Sous réserve d'augmentation, à la discrétion du registraire.  |         |
| 12. Upon any abandoned motion, whether or not the same has been set down for hearing, one-half the minimum fee provided for by this tariff for such motion, but not in any event to exceed the sum of .....                    | 25    | 12. Pour toute requête abandonnée, inscrite ou non pour audition, la moitié des honoraires minimums prévus par le présent tarif pour une telle requête, sans jamais excéder la somme de .....   | 25\$    |
| 13. On factum, including preparation for appeal in the discretion of the Registrar to .....  | 350   | 13. Pour les mémoires, y compris la rédaction aux fins du pourvoi à la discrétion du registraire, jusqu'à .....   | 350\$   |
| Subject to be increased by order of the Registrar.   |       | Sous réserve d'augmentation par ordonnance du registraire.  |         |
| 14. For engrossing for printer copy of case as settled, when such engrossed copy is necessarily and properly required, per folio of 100 words .....  | .20   | 14. Pour grossoyer, à l'usage de l'imprimeur, la copie du dossier déterminé, lorsque ladite copie grossoyée est réellement et strictement nécessaire, le folio de 100 mots .....  | 20¢     |
| 15. For correcting and superintending printing, per folio of 100 words .....   | .10   | 15. Pour la correction et la surveillance de l'impression, le folio de 100 mots.....  | 10¢     |
| 16. For printing of authorities, per page .....  | .20   | 16. Pour l'impression des arrêts et ouvrages, par page .....  | 20¢     |
| 17. Counsel fee on the cross-examination of a deponent under Rule 20, in the discretion of the Registrar to .....  | 100   | 17. Honoraires de procureur pour le contre-interrogatoire du déclarant selon l'article 20, à la discrétion du registraire, jusqu'à .....  | 100\$   |
| Subject to be increased in special circumstances by order of the Registrar.  |       | Sous réserve d'augmentation dans des circonstances spéciales, par ordonnance du registraire.  |         |
| 18. Allowance to counsel when case is discontinued at any time after deposit of security but before the hearing of appeal .....  | 100   | 18. Allocation au procureur en cas de désistement après le dépôt du cautionnement mais avant l'audition de l'appel ....   | 100\$   |
| Subject to be increased in special circumstances by order of the Registrar.  |       | Sous réserve d'augmentation, dans des circonstances spéciales, par ordonnance du registraire.   |         |
| 19. Allowance to cover all fees to counsel for the hearing of the appeal, in the discretion of the Registrar to .....  | 1 200 | 19. Allocation devant englober tous les honoraires du procureur pour l'audition du pourvoi, à la discrétion du registraire, jusqu'à .....   | 1 200\$ |
| Subject to be increased by order of the Registrar  |       | Sous réserve d'augmentation, par ordonnance du registraire.   |         |
| 20. On printing factums, the same fees as in printing the case.  |       | 20. Pour l'impression des mémoires, les mêmes honoraires que pour l'impression du dossier.  |         |
| 21. Besides the Registrar's fees, reasonable charges for postage, courier services and disbursements, including travelling expenses, necessarily incurred in proceedings before the Court will be taxed by the taxing officer. |       | 21. Outre les honoraires du registraire, le fonctionnaire taxateur fixera les frais raisonnables d'affranchissement, de messagerie et les débours, y compris les frais de déplacement nécessairement occasionnés par les procédures devant la Cour. |         |
| 22. For attendance of counsel to hear judgment .....   | 25    | 22. Pour vacation du procureur pour le prononcé du jugement   | 25\$    |
| 22A. For attendance on taxation .....  | 25    | 22A. Pour la vacation en matière de taxation  | 25\$    |
| 23. Allowance to the duly entered agent in any appeal in the discretion of the Registrar to .....  | 75    | 23. Allocation au correspondant dûment inscrit dans un pourvoi, à la discrétion du registraire, jusqu'à .....   | 75\$    |
| Subject to be increased in the discretion of the Registrar to a sum not exceeding .....  | 200   | Sous réserve d'augmentation la discrétion du registraire, jusqu'à un maximum de .....   | 200\$   |
| In cases where the counsel on the record reside in the National Capital Region, they shall be entitled to one-half of this allowance.  |       | Lorsque les procureurs au dossier résident dans la région de la Capitale nationale, ils ont droit à la moitié de cette allocation.  |         |

|   |    |   |      |
|---|----|---|------|
| 24. Upon the settling of judgment to.....   | 20 | 24. Pour la détermination d'un jugement, jusqu'à .....  | 20\$ |
| Subject to be increased in the discretion of the Registrar<br>when the same is contested in a matter of the substance to<br>a sum not exceeding ..... | 50 | Sous réserve d'augmentation, à la discrétion du registraire,<br>quand il y a contestation sur une question de fond jusqu'à<br>un maximum de ..... | 50\$ |
| 25. Upon an application for review from the Registrar to a<br>Judge .....   | 50 | 25. Pour une révision d'une décision du registraire par un juge   | 50\$ |
| Subject to be increased by the Registrar.   |    | Sous réserve d'augmentation par le registraire.   |      |

**The Attorney General of Nova Scotia and Ernest Harold Grainger** *Appellants*;

and

**Linden MacIntyre** *Respondent*;

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General for Alberta** *Interveners*;

and

**Canadian Civil Liberties Association** *Intervener*.

File No.: 16045.

1981: February 3; 1982: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Search warrants — Right to inspect search warrants and informations on which search warrants based — Whether access restricted to “interested parties” or open to general public — Whether right to inspect only on execution of search warrant or whether hearings dealing with search warrants open — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 443, 446.*

Respondent, an investigative journalist, was denied access to search warrants and supporting material by appellant Grainger, the Justice of the Peace who had issued them, because such material was not available for inspection by the general public. At trial, respondent was held entitled to a declaration that search warrants after their execution, and the informations related to them in the control of the justice of the peace or court official, were court records available for examination by members of the general public. In dismissing an appeal, the Appeal Court declared that the public was entitled to inspect informations upon which search warrants were issued pursuant to s. 443 of the *Criminal Code*, and that any member of the public, including individuals

**Le procureur général de la Nouvelle-Écosse et Ernest Harold Grainger** *Appellants*;

et

<sup>a</sup> **Linden MacIntyre** *Intimé*;

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*;

et

<sup>d</sup> **Canadian Civil Liberties Association** *Intervenante*.

N° du greffe: 16045.

1981: 3 février; 1982: 26 janvier.

<sup>e</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

<sup>f</sup> *Droit criminel — Mandats de perquisition — Droit d'examiner les mandats de perquisition et les dénonciations sur lesquelles ils se fondent — Les «personnes concernées» sont-elles les seules à avoir accès aux documents ou le grand public y a-t-il également accès? — Y a-t-il un droit d'examiner le mandat de perquisition seulement après son exécution ou l'audition relative aux mandats de perquisition est-elle publique? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 443, 446.*

<sup>g</sup> L'intimé, qui est journaliste enquêteur, s'est vu refuser <sup>h</sup> l'accès aux mandats de perquisition et aux pièces justificatives par l'appellant Grainger, le juge de paix qui avait délivré les mandats, pour le motif que le public en général ne peut avoir accès à ces documents pour les consulter. En première instance, on a statué que l'intimé <sup>i</sup> avait droit à un jugement déclarant que les mandats de perquisition exécutés et les dénonciations qui s'y rapportent, qui se trouvent sous la garde du juge de paix ou d'un fonctionnaire d'une cour, sont des pièces judiciaires que le grand public peut consulter. En rejetant l'appel de <sup>j</sup> cette décision, la Cour d'appel a déclaré que le public a le droit de consulter les dénonciations à l'origine des mandats de perquisition délivrés en application de l'art.

about to be the subject of a search warrant, was entitled to be present in open court when the search warrants were issued.

*Held* (Martland, Ritchie, Beetz and Estey JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Dickson, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: After a search warrant has been executed, and objects found during the search are brought before a justice, members of the public are entitled to inspect the warrant, and the information upon which it was issued. Curtailment of public accessibility is justified only where the need to protect other social values is of superordinate importance. In cases where a search warrant is issued but nothing is found, protection of the innocent is such an overriding social value. Furthermore, the public interest in the effective administration of justice must override public accessibility to the extent that the proceedings at which the warrant is issued can be conducted *in camera*. Otherwise a person whose property was to be searched could remove the goods. The need for confidentiality disappears, however, once the warrant has been executed. At this point the public as well as those who are directly interested have a right to inspect the warrant and the related information.

*Per* Martland, Ritchie, Beetz and Estey JJ. (dissenting): The broad declaration of the Court of Appeal, for reasons given by Dickson J., cannot be sustained. Respondent cannot assert a right to examine the search warrants and related informations on the basis that the issuance of the search warrants was a judicial act in open court with a right for the public to be present.

Proceedings before a justice under s. 443 are part and parcel of criminal investigative procedure and are not analogous to trial proceedings which are generally required to be conducted in open court. The opening to public inspection of the documents before the justice is not equivalent to the right of the public to attend and witness proceedings in court. Access to these documents should be restricted to persons who can show a direct and tangible interest in the documents. There is no general right to inspect search warrants and the informations relating thereto.

[*Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 2 W.L.R. 1; *R. v. Solloway Mills & Co.*, [1930] 3 D.L.R. 293; *Realty Renovations Ltd. v. Attorney-*

443 du *Code criminel* et que tous les particuliers, y compris ceux que les mandats pourraient viser, ont le droit d'être présents à l'audience publique quand les mandats ont été délivrés.

*Arrêt* (les juges Martland, Ritchie, Beetz et Estey sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Laskin et les juges Dickson, McIntyre, Chouinard et Lamer: Après qu'un mandat de perquisition a été exécuté et que les objets trouvés pendant la perquisition ont été portés devant un juge de paix, le public a le droit d'examiner le mandat et la dénonciation par suite de laquelle il a été délivré. Restreindre l'accès du public ne peut se justifier que si la nécessité de protéger d'autres valeurs sociales a préséance. Dans le cas où un mandat de perquisition est délivré, mais sans que rien ne soit trouvé, la protection de l'innocent est une des valeurs sociales qui ont préséance. De plus, le droit du public à une administration efficace de la justice doit l'emporter sur son droit d'accès de sorte que les procédures qui portent sur la délivrance du mandat peuvent se dérouler à huis clos. Autrement, l'occupant des lieux à perquisitionner pourrait faire disparaître les pièces. Toutefois, après l'exécution du mandat, il n'est plus nécessaire de préserver le caractère confidentiel. A ce stade, le public aussi bien que les personnes directement concernées ont le droit de consulter le mandat et la dénonciation qui s'y rapporte.

*Les* juges Martland, Ritchie, Beetz et Estey (dissidents): Pour les motifs exprimés par le juge Dickson, la déclaration générale faite par la Cour d'appel n'est pas défendable. L'intimé ne peut prétendre à un droit de consulter les mandats de perquisition et les dénonciations qui s'y rapportent sous prétexte que la délivrance des mandats de perquisition est un acte judiciaire accompli au cours d'une audience publique à laquelle le public a le droit d'être présent.

Les procédures qui ont lieu devant un juge de paix en application de l'art. 443, et qui font partie de la procédure d'enquête criminelle, ne sont pas assimilables aux procédures du procès qui doivent généralement se dérouler en audience publique. Autoriser le public à consulter les documents que détient le juge de paix n'équivaut pas au droit du public d'assister à l'audience et de suivre les procédures. Il y a lieu de restreindre l'accès à ces documents aux personnes qui peuvent démontrer qu'elles sont concernées de façon directe et réelle. Il n'y a aucun droit général d'examiner les mandats de perquisition et les dénonciations qui s'y rapportent.

[Jurisprudence: *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 2 W.L.R. 1; *R. v. Solloway Mills & Co.*, [1930] 3 D.L.R. 293; *Realty Renovations*

*General for Alberta et al.* (1978), 44 C.C.C. (2d) 249; *Southam Publishing Company v. Mack* (1959-60), 2 Crim. L.Q. 119; *Nixon v. Warner Communications, Inc.* (1978), 98 S. Ct. 1306; *R. v. Wright*, 8 T.R. 293; *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1980), 110 D.L.R. (3d) 289, 52 C.C.C. (2d) 161, 38 N.S.R. (2d) 633, 69 A.P.R. 633, dismissing an appeal from a judgment of Richard J. Appeal dismissed, Martland, Ritchie, Beetz and Estey JJ. dissenting.

*Reinhold M. Endres and Mollie Gallagher*, for the appellants.

*Robert Murrant and Gordon Proudfoot*, for the respondent.

*J. A. Scollin, Q.C.*, and *S. R. Fainstein*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*S. Casey Hill*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Ronald Schacter*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Eugene D. Westhaver*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*E. Robert A. Edwards*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Kenneth W. MacKay*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Y. Roslak, Q.C.*, and *Lloyd Nelson*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*Alan D. Gold*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—The appellant, Ernest Harold Grainger, is Chief Clerk of the Provincial Magistrate's Court at Halifax and also a Justice of the Peace. In the latter capacity he had occasion to issue certain search warrants. The respondent, Linden MacIntyre, is a television journalist

*Ltd. v. Attorney-General for Alberta et al.* (1978), 44 C.C.C. (2d) 249; *Southam Publishing Company v. Mack* (1959-60), 2 Crim. L.Q. 119; *Nixon v. Warner Communications, Inc.* (1978), 98 S. Ct. 1306; *R. v. Wright*, 8 T.R. 293; *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1980), 110 D.L.R. (3d) 289, 52 C.C.C. (2d) 161, 38 N.S.R. (2d) 633, 69 A.P.R. 633, qui a rejeté l'appel formé contre le jugement du juge Richard. Pourvoi rejeté, les juges Martland, Ritchie, Beetz et Estey sont dissidents.

*Reinhold M. Endres et Mollie Gallagher*, pour les appelants.

*Robert Murrant et Gordon Proudfoot*, pour l'intimé.

*J. A. Scollin, c.r.*, et *S. R. Fainstein*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*S. Casey Hill*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Ronald Schacter*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Eugene D. Westhaver*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*E. Robert A. Edwards*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Kenneth W. MacKay*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Y. Roslak, c.r.*, et *Lloyd Nelson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Alan D. Gold*, pour l'intervenante la Canadian Civil Liberties Association.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Dickson, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE DICKSON—L'appelant Ernest Harold Grainger est le greffier principal de la Cour de magistrat provinciale à Halifax et il est aussi juge de paix. A ce dernier titre, il a décerné des mandats de perquisition. L'intimé, Linden MacIntyre, est journaliste de la télévision au service de la

employed by the Canadian Broadcasting Corporation. At the material time Mr. MacIntyre was researching a story on political patronage and fund raising. Mr. MacIntyre asked Mr. Grainger to show him the search warrants and supporting material. Mr. Grainger refused, on the ground that such material was not available for inspection by the general public. Mr. MacIntyre commenced proceedings in the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division, for an order that search warrants and informations relating thereto, issued pursuant to s. 443 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, or other related or similar statutes, are a matter of public record and may be inspected by a member of the public upon reasonable request.

I

Mr. Justice Richard of the Trial Division of the Supreme Court of Nova Scotia delivered reasons approving Mr. MacIntyre's application. He held that Mr. MacIntyre was entitled to a declaration to the effect that search warrants "which have been executed", and informations relating thereto, which are in the control of the justice of the peace or a court official are court records available for examination by members of the general public.

An appeal brought by the Attorney General of Nova Scotia and by Mr. Grainger to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia was dismissed. The Appeal Division proceeded on much broader grounds than Richard J. The order dismissing the appeal contained a declaration "that a member of the public is entitled to inspect informations upon which search warrants have been issued pursuant to section 443 of the *Criminal Code* of Canada". The Court also declared that Mr. MacIntyre was entitled to be present in open court when the search warrants were issued. This right, the Appeal Division said, extended to any member of the public, including individuals who would be the subjects of the search warrants.

Société Radio-Canada. A l'époque en cause, M. MacIntyre faisait des recherches sur une affaire de favoritisme politique et de souscription de fonds. M. MacIntyre a demandé à M. Grainger de lui laisser voir les mandats de perquisition et les documents justificatifs. M. Grainger a refusé pour le motif que le public en général ne peut avoir accès à ces documents pour les consulter. M. MacIntyre a alors entamé des procédures devant la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour obtenir une ordonnance portant que les mandats de perquisition, et les dénonciations qui s'y rapportent, décernés en application de l'art. 443 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, ou de toute autre loi semblable ou connexe sont du domaine public et accessibles à un particulier sur demande raisonnable.

d

I

Le juge Richard, de la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, a rendu un jugement faisant droit à la requête de M. MacIntyre. Il a conclu que M. MacIntyre avait droit à un jugement déclarant que les mandats de perquisition [TRADUCTION] «qui ont été exécutés», et les dénonciations qui s'y rapportent, qui se trouvent sous la garde du juge de paix ou d'un fonctionnaire d'une cour, sont des pièces judiciaires que le grand public peut consulter.

g

L'appel interjeté par le procureur général de la Nouvelle-Écosse et M. Grainger à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rejeté. La Division d'appel s'est fondée sur des motifs beaucoup plus larges que ceux du juge Richard. L'ordonnance qui rejette l'appel comporte une déclaration selon laquelle [TRADUCTION] «un particulier a le droit de consulter les dénonciations à l'origine des mandats de perquisition délivrés en application de l'art. 443 du *Code criminel* du Canada». La cour a également déclaré que M. MacIntyre avait le droit d'être présent à l'audience publique quand les mandats ont été délivrés. Ce droit, selon la Division d'appel, s'étend à tout particulier, et même aux personnes que les mandats de perquisition pourraient viser.

This Court granted leave to appeal the judgment and order of the Appeal Division. The Attorney General of Canada and the Attorneys General of the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, British Columbia, Saskatchewan and Alberta intervened to support the appellant Attorney General of Nova Scotia. The Canadian Civil Liberties Association intervened in support of Mr. MacIntyre.

Although Mr. MacIntyre happens to be a journalist employed by the C.B.C. he has throughout taken the position that his standing is no higher than that of any member of the general public. He claims no special status as a journalist.

## II

A search warrant may be broadly defined as an order issued by a justice under statutory powers, authorizing a named person to enter a specified place to search for and seize specified property which will afford evidence of the actual or intended commission of a crime. A warrant may issue upon a sworn information and proof of reasonable grounds for its issuance. The property seized must be carried before the justice who issued the warrant to be dealt with by him according to law.

Search warrants are part of the investigative pretrial process of the criminal law, often employed early in the investigation and before the identity of all of the suspects is known. Parliament, in furtherance of the public interest in effective investigation and prosecution of crime, and through the enactment of s. 443 of the *Code*, has legalized what would otherwise be an illegal entry of premises and illegal seizure of property. The issuance of a search warrant is a judicial act on the part of the justice, usually performed *ex parte* and *in camera*, by the very nature of the proceedings.

Cette Cour a accordé l'autorisation d'appeler du jugement et de la déclaration de la Division d'appel. Le procureur général du Canada et les procureurs généraux des provinces de l'Ontario, du Québec, du Nouveau-Brunswick, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta sont intervenus pour appuyer l'appelant, le procureur général de la Nouvelle-Écosse. La Canadian Civil Liberties Association est intervenue en faveur de M. MacIntyre.

Bien que M. MacIntyre se trouve être journaliste au service de la Société Radio-Canada, il a soutenu, au cours de toutes les procédures, que sa situation n'était pas meilleure que celle des simples particuliers. Il ne prétend à aucun statut spécial en tant que journaliste.

## II

On peut définir de façon générale un mandat de perquisition comme un ordre délivré par un juge de paix, en vertu de pouvoirs accordés par la loi, autorisant une personne désignée à pénétrer dans un lieu déterminé, pour y chercher et saisir des objets déterminés qui fournissent la preuve de la perpétration réelle d'une infraction ou de l'intention d'en perpétrer une. Un mandat peut être décerné par suite d'une dénonciation faite sous serment accompagnée de la preuve qu'il y a des motifs raisonnables de le décerner. Les objets saisis doivent être transportés devant le juge de paix qui a décerné le mandat pour qu'il en dispose conformément à la loi.

Les mandats de perquisition se situent dans la phase d'enquête antérieure au procès en droit criminel; ils servent souvent au début de l'enquête et avant que l'identité de tous les suspects soit connue. Pour protéger l'intérêt public par la recherche et la répression efficaces du crime, le Parlement a, en adoptant l'art. 443 du *Code*, légalisé ce qui serait autrement une introduction illégale dans un endroit et une saisie illégale de biens. La délivrance d'un mandat de perquisition est un acte judiciaire fait par le juge de paix, habituellement *ex parte* et à huis clos, à cause de la nature même des procédures.



The search warrant in recent years has become an increasingly important investigatory aid, as crime and criminals become increasingly sophisticated and the incidence of corporate white collar crime multiplies. The effectiveness of any search made pursuant to the issuance of a search warrant will depend much upon timing, upon the degree of confidentiality which attends the issuance of the warrant and upon the element of surprise which attends the search.

As is often the case in a free society there are at work two conflicting public interests. The one has to do with civil liberties and the protection of the individual from interference with the enjoyment of his property. There is a clear and important social value in avoidance of arbitrary searches and unlawful seizures. The other, competing, interest lies in the effective detection and proof of crime and the prompt apprehension and conviction of offenders. Public protection, afforded by efficient and effective law enforcement, is enhanced through the proper use of search warrants.

In this balancing of interests, Parliament has made a clear policy choice. The public interest in the detection, investigation and prosecution of crimes has been permitted to dominate the individual interest. To the extent of its reach, s. 443 has been introduced as an aid in the administration of justice and enforcement of the provisions of the *Criminal Code*.

### III

The *Criminal Code* gives little guidance on the question of accessibility to the general public of search warrants and the underlying informations. And there is little authority on the point. The appellant Attorney General of Nova Scotia relied upon Taylor's *Treatise on the Law of Evidence* (11th ed. 1920), upon a footnote to Order 63, Rule 4 of the English Rules of Court, and upon *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 2 W.L.R. 1. These authorities indicate that under English practice there is no general right to inspect and copy judicial records and documents. The right is only exercisable when some direct

Le mandat de perquisition a acquis, depuis quelques années, une importance croissante comme moyen d'enquête parce que le crime et les criminels deviennent de plus en plus astucieux et que la fréquence des crimes économiques s'accroît. L'efficacité d'une perquisition faite à la suite de la délivrance d'un mandat dépend beaucoup du moment de l'exécution, du degré de confidentialité qui entoure la délivrance du mandat et de l'élément de surprise qui accompagne la perquisition.

Comme il arrive souvent dans une société libre, il y a ici deux aspects de l'intérêt public qui s'affrontent. Le premier ressortit aux libertés fondamentales et à la protection de la personne contre toute atteinte à la jouissance de ses biens. Il y a un avantage public manifeste et important à éviter les perquisitions arbitraires et les saisies illégales. L'autre aspect concurrent de l'intérêt public tient à la détection et à la preuve efficaces du crime ainsi qu'à l'arrestation et à la condamnation rapides des délinquants. L'utilisation à bon escient de mandats de perquisition renforce la protection qu'assure au public l'application efficace de la loi.

En sopesant ces aspects de l'intérêt public, le législateur a fait un choix de principe clair. Il a fait prédominer les éléments de l'intérêt public que sont la détection, l'investigation et la répression des crimes sur l'intérêt particulier. Dans toute la mesure de sa portée, l'art. 443 a été adopté pour faciliter l'administration de la justice et l'application des dispositions du *Code criminel*.

### III

Le *Code criminel* fournit peu d'indications sur la question de l'accès du grand public aux mandats de perquisition et aux dénonciations qui les justifient. Peu de choses ont été écrites sur le sujet. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse appelant a invoqué l'ouvrage de Taylor, intitulé *Treatise on the Law of Evidence* (11<sup>e</sup> éd. 1920), une annotation à l'Ordonnance 63, règle 4, des Règles de cours anglaises et l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd.*, [1980] 2 W.L.R. 1. Ces sources indiquent que, d'après la pratique anglaise, il n'y a pas de droit absolu d'examiner et de copier les dossiers et pièces judiciaires. Le droit

and tangible interest or proprietary right in the documents can be demonstrated.

It does seem clear that an individual who is 'directly interested' in the warrant can inspect the information and the warrant after the warrant has been executed. The reasoning here is that an interested party has a right to apply to set aside or quash a search warrant based on a defective information (*R. v. Solloway Mills & Co.*, [1930] 3 D.L.R. 293 (Alta. S.C.)). This right can only be exercised if the applicant is entitled to inspect the warrant and the information immediately after it has been executed. The point is discussed by Mr. Justice MacDonald of the Alberta Supreme Court in *Realty Renovations Ltd. v. Attorney-General for Alberta et al.* (1978), 44 C.C.C. (2d) 249 at pp. 253-54:

Since the issue of a search warrant is a judicial act and not an administrative act, it appears to me to be fundamental that in order to exercise the right to question the validity of a search warrant, the interested party or his counsel must be able to inspect the search warrant and the information on which it is based. Although there is no appeal from the issue of a search warrant, a superior Court has the right by prerogative writ to review the act of the Justice of the Peace in issuing the warrant. In order to launch a proper application, the applicant should know the reasons or grounds for his application, which reasons or grounds are most likely to be found in the form of the information or warrant. I am unable to conceive anything but a denial of Justice if the contents of the information and warrant, after the warrant is executed, are hidden until the police have completed the investigation or until the Crown prosecutor decides that access to the file containing the warrant is to be allowed. Such a restriction could effectively delay, if not prevent review of the judicial act of the Justice in the issue of the warrant. If a warrant is void then it should be set aside as soon as possible and the earlier the application to set it aside can be heard, the more the right of the individual is protected.

The appellant, the Attorney General of Nova Scotia, does not contest the right of an 'interested party' to inspect search warrants and informations after execution. His contention is that Mr. MacIntyre, a member of the general public, not directly affected by issuance of the warrant, has no right of inspection. The question, therefore, is whether, in

n'existe que si la personne peut faire la preuve d'un intérêt certain et immédiat ou d'un droit de propriété sur les pièces.

Il semble clair qu'une personne qui est directement concernée par le mandat peut examiner la dénonciation et le mandat après que ce dernier a été exécuté. La raison en est, dans ce cas, que la partie concernée a le droit de demander l'annulation ou la cassation du mandat de perquisition qui se fonde sur une dénonciation viciée. (*R. v. Solloway Mills & Co.*, [1930] 3 D.L.R. 293 (C.S. Alta.)). Ce droit ne peut s'exercer que si le requérant peut examiner le mandat et la dénonciation immédiatement après que celui-ci a été exécuté. Le juge MacDonald, de la Cour suprême de l'Alberta, traite ce point dans l'affaire *Realty Renovations Ltd. v. Attorney-General for Alberta et al.* (1978), 44 C.C.C. (2d) 249, aux pp. 253 et 254:

[TRADUCTION] Puisque la délivrance d'un mandat de perquisition est un acte judiciaire et non un acte administratif, il me paraît fondamental que, pour pouvoir exercer le droit de contester la validité d'un mandat de perquisition, la partie concernée ou son avocat puisse examiner le mandat de perquisition et la dénonciation sur laquelle il se fonde. Bien qu'il n'existe pas d'appel de la délivrance d'un mandat de perquisition, une cour supérieure a le droit, par bref de prérogative, de réviser l'acte du juge de paix qui délivre le mandat. Pour bien présenter sa requête, le requérant doit en connaître les raisons ou motifs qui tiennent fort probablement à la formulation de la dénonciation ou du mandat. Je ne puis rien voir d'autre qu'un déni de justice si l'on cache la teneur de la dénonciation et du mandat, après l'exécution de celui-ci, jusqu'à ce que la police ait terminé l'enquête ou jusqu'à ce que le substitut du procureur général décide de permettre la consultation du dossier où se trouve le mandat. Une telle restriction pourrait de fait retarder, sinon empêcher, la révision de l'acte judiciaire du juge de paix qui a délivré le mandat. Si un mandat est nul, il faut le déclarer nul dès que possible; le plus tôt on peut présenter la requête en annulation, le mieux on protège les droits de la personne.

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse appellant ne conteste pas le droit d'une «partie concernée» d'examiner les mandats et les dénonciations après exécution. Il soutient que M. MacIntyre, un simple citoyen, qui n'est pas directement touché par la délivrance du mandat, n'a pas de droit d'examen. La question est donc de savoir si

law, any distinction can be drawn, in respect of accessibility, between those persons who might be termed 'interested parties' and those members of the public who are unable to show any special interest in the proceedings.

There would seem to be only two Canadian cases which have addressed the point. In (1959-60), 2 Crim. L.Q., 119, reference is made to an unreported decision of Greschuk J. in *Southam Publishing Company v. Mack* in Supreme Court Chambers in Calgary, Alberta. Mandamus was granted requiring a magistrate to permit a reporter of the *Calgary Herald* to inspect the information and complaints which were in his possession relating to cases the magistrate had dealt with on a particular date.

In *Realty Renovations Ltd. v. Attorney-General for Alberta*, *supra*, MacDonald J. concluded his judgment with these words:

I further declare that upon execution of the search warrant, the information in support and the warrant are matters of Court Record and are available for inspection on demand.

It is only fair to observe, however, that in that case the person seeking access was an "interested party" and therefore the broad declaration, quoted above, strictly speaking went beyond what was required for the decision.

American courts have recognized a general right to inspect and copy public records and documents, including judicial records and documents. Such common law right has been recognized, for example, in courts of the District of Columbia (*Nixon v. Warner Communications, Inc.* (1978), 98 S. Ct. 1306). In that case Mr. Justice Powell, delivering the opinion of the Supreme Court of the United States, observed at p. 1311:

Both petitioner and respondents acknowledge the existence of a common-law right of access to judicial records, but they differ sharply over its scope and the circumstances warranting restrictions of it. An infrequent subject of litigation, its contours have not been delineated with any precision.

on peut faire une distinction, en droit, quant à l'accessibilité, entre les personnes qu'on peut qualifier de «parties concernées» et les particuliers qui ne peuvent faire la preuve d'aucun intérêt spécial dans les procédures.

Il semble n'y avoir que deux arrêts canadiens qui ont examiné la question. Dans (1959-60), 2 Crim. L.Q. 119, on fait état de l'affaire *Southam Publishing Company v. Mack*, une décision non publiée rendue en chambre par le juge Greschuk de la Cour suprême à Calgary (Alberta). Il a accordé un *mandamus* qui enjoignait à un magistrat de laisser un journaliste du *Calgary Herald* consulter la dénonciation et les plaintes que le magistrat avait en sa possession relativement à des affaires dont il s'était occupé à une date donnée.

Dans *Realty Renovations Ltd. v. Attorney-General for Alberta*, précité, le juge MacDonald termine son jugement en ces termes:

[TRADUCTION] Je déclare de plus qu'après l'exécution du mandat de perquisition, la dénonciation qui l'appuie et le mandat deviennent des pièces du dossier judiciaire qui peuvent être consultées sur demande.

Il n'est que juste cependant de souligner que dans cette affaire-là, la personne qui demandait à voir les pièces était une «partie concernée», et, en conséquence, la déclaration générale précitée va, à proprement parler, au-delà de ce qui était requis pour trancher l'affaire.

Les tribunaux américains reconnaissent un droit général de consulter et de copier les dossiers et documents publics, y compris les dossiers et documents judiciaires. Ce droit de *common law* a été admis, par exemple, par les tribunaux du district de Columbia (*Nixon v. Warner Communications, Inc.* (1978), 98 S. Ct. 1306). Dans cet arrêt, le juge Powell, qui expose l'opinion de la Cour suprême des États-Unis, fait remarquer, à la p. 1311:

[TRADUCTION] Aussi bien le requérant que les intimés reconnaissent l'existence d'un droit, en *common law*, d'accès aux dossiers judiciaires, mais ils sont en complet désaccord sur son étendue et sur les circonstances qui en justifient la limitation. Etant peu souvent débattus en cour, les paramètres de ce droit n'ont pas été fixés avec précision.

Later, at p. 1312, Mr. Justice Powell said:

The interest necessary to support the issuance of a writ compelling access has been found, for example, in the citizen's desire to keep a watchful eye on the workings of public agencies, see, e.g., *State ex rel. Colscott v. King*, 154 Ind. 621, 621-627, 57 N.E. 535, 536-538 (1900); *State ex rel. Ferry v. Williams*, 41 N.J.L. 332, 336-339 (1879), and in a newspaper publisher's intention to publish information concerning the operation of government, see, e.g., *State ex rel. Youmans v. Owens*, 28 Wis.2d 672, 677, 137 N.W.2d 470, 472 (1965), modified on other grounds, 28 Wis.2d 685a, 139 N.W.2d 241 (1966). But see *Burton v. Reynolds*, 110 Mich. 354, 68 N.W. 217 (1896).

By reason of the relatively few judicial decisions it is difficult, and probably unwise, to attempt any comprehensive definition of the right of access to judicial records or delineation of the factors to be taken into account in determining whether access is to be permitted. The question before us is limited to search warrants and informations. The response to that question, it seems to me, should be guided by several broad policy considerations, namely, respect for the privacy of the individual, protection of the administration of justice, implementation of the will of Parliament that a search warrant be an effective aid in the investigation of crime, and finally, a strong public policy in favour of "openness" in respect of judicial acts. The rationale of this last-mentioned consideration has been eloquently expressed by Bentham in these terms:

'In the darkness of secrecy, sinister interest and evil in every shape have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks applicable to judicial injustice operate. Where there is no publicity there is no justice.' 'Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself while trying under trial.'

The concern for accountability is not diminished by the fact that the search warrants might be issued by a justice *in camera*. On the contrary, this fact increases the policy argument in favour of accessibility. Initial secrecy surrounding the issuance of warrants may lead to abuse, and publicity

Plus loin, à la p. 1312, le juge Powell dit:

[TRADUCTION] On a jugé que l'intérêt nécessaire pour justifier la délivrance d'une ordonnance qui oblige à laisser consulter peut être, par exemple, la volonté des simples citoyens de surveiller de près le fonctionnement des corps publics, voir par ex. *State ex rel. Colscott v. King*, 154 Ind. 621, 621-627, 57 N.E. 535, 536-538 (1900); *State ex rel. Ferry v. Williams*, 41 N.J.L. 332, 336-339 (1879), et l'intention de l'éditeur d'un journal de faire paraître des renseignements sur le fonctionnement du gouvernement, voir par ex. *State ex rel. Youmans v. Owens*, 28 Wis.2d 672, 677, 137 N.W.2d 470, 472 (1965), modifié pour d'autres motifs, 28 Wis.2d 685a, 139 N.W.2d 241 (1966). Mais voir: *Burton v. Reynolds*, 110 Mich. 354, 68 N.W. 217 (1896).

En raison du petit nombre de décisions judiciaires, il est difficile, et probablement peu sage, de vouloir donner une définition exhaustive du droit de consulter les dossiers judiciaires ou une délimitation précise des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il faut en permettre la consultation. La question qui nous est soumise est limitée aux mandats de perquisition et aux dénonciations. La solution de cette question me paraît dépendre de plusieurs grands principes généraux, notamment le respect de la vie privée des particuliers, la protection de l'administration de la justice, la réalisation de la volonté du législateur de faire du mandat de perquisition un outil efficace dans la détection du crime et, enfin, d'un principe cardinal d'intérêt public qui consiste à favoriser la «transparence» des procédures judiciaires. Bentham a énoncé de façon éloquente la justification de ce dernier principe dans les termes suivants:

[TRADUCTION] «Dans l'ombre du secret, de sombres visées et des maux de toutes formes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire sont intimement liés à la publicité. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice.» «La publicité est le souffle même de la justice. Elle est l'aiguillon acéré de l'effort et la meilleure sauvegarde contre la malhonnêteté. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même un jugement.»

Le fait que les mandats de perquisition peuvent être délivrés par un juge de paix à huis clos n'entame pas cette préoccupation de responsabilité. Au contraire, il donne du poids à la thèse en faveur de la politique d'accessibilité. Le secret qui préside d'abord à la délivrance de mandats peut

is a strong deterrent to potential malversation.

In short, what should be sought is maximum accountability and accessibility but not to the extent of harming the innocent or of impairing the efficiency of the search warrant as a weapon in society's never-ending fight against crime.

#### IV

The appellant, the Attorney General of Nova Scotia, says in effect that the search warrants are none of Mr. MacIntyre's business. MacIntyre is not directly interested in the sense that his premises have been the object of a search. Why then should he be entitled to see them?

There are two principal arguments advanced in support of the position of the appellant. The first might be termed the 'privacy' argument. It is submitted that the privacy rights of the individuals who have been the object of searches would be violated if persons like Mr. MacIntyre were permitted to inspect the warrants. It is argued that the warrants are issued merely on proof of 'reasonable grounds' to believe that there is evidence with respect to the commission of a criminal offence in a "building, receptacle or place". At this stage of the proceedings no criminal charge has been laid and there is no assurance that a charge ever will be laid. Moreover, search warrants are often issued to search the premises of a third party who is in no way privy to any wrongdoing, but is in possession of material necessary to the inquiry. Why, it is asked, submit these individuals to embarrassment and public suspicion through release of search warrants?

The second, independent, submission of the appellant might be termed the 'administration of justice' argument. It is suggested that the effectiveness of the search warrant procedure depends to a large extent on the element of surprise. If the occupier of the premises were informed in advance of the warrant, he would dispose of the goods. Therefore, the public must be denied access to the warrants, otherwise the legislative purposes and

occasionner des abus et la publicité a une grande influence préventive contre toute inconduite possible.

En bref, ce qu'il faut viser, c'est le maximum de responsabilité et d'accessibilité, sans aller jusqu'à causer un tort à un innocent ou à réduire l'efficacité du mandat de perquisition comme arme dans la lutte continue de la société contre le crime.

#### IV

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse appellant affirme que les mandats de perquisition ne concernent pas M. MacIntyre. M. MacIntyre n'est pas directement visé, en ce sens que ce ne sont pas ses locaux qui ont fait l'objet de la perquisition. Pourquoi devrait-il alors avoir le droit d'en prendre connaissance?

L'appelant avance essentiellement deux arguments en faveur de sa thèse. Le premier pourrait s'appeler l'argument relatif au droit à la vie privée. On soutient que le droit à la vie privée des personnes qui ont fait l'objet de perquisitions serait violé si l'on permettait à quelqu'un comme M. MacIntyre de consulter les mandats. On allègue que les mandats sont délivrés sur la seule preuve de l'existence de «motifs raisonnables» de croire qu'il y a des éléments de preuve de la perpétration d'un acte criminel dans un «bâtiment, contenant ou lieu». A cette étape des procédures, aucune accusation criminelle n'a encore été portée et il n'est pas sûr qu'il en soit éventuellement porté. De plus, on délivre souvent des mandats pour perquisitionner dans les locaux d'un tiers qui n'a aucunement participé à une infraction, mais qui se trouve en possession d'un objet nécessaire à l'enquête. Pourquoi, demande-t-on alors, exposer ces personnes à l'embarras et à la suspicion générale en divulguant les mandats de perquisition?

Le second argument de l'appelant, qui n'est pas lié au premier, pourrait s'appeler l'argument relatif à «l'administration de la justice». On fait valoir que l'efficacité de la procédure par mandat de perquisition dépend largement de l'effet de surprise. Si l'occupant des lieux avait connaissance du mandat avant la perquisition il se déferait des biens. En conséquence, il faut empêcher le public d'avoir accès aux mandats, ce qui autrement irait à

intention of Parliament, embodied in s. 443 of the *Criminal Code*, would be frustrated.

l'encontre du but de la loi et de l'intention du législateur exprimés dans l'art. 443 du *Code criminel*.

V

a

V

Let me deal first with the 'privacy' argument. This is not the first occasion on which such an argument has been tested in the courts. Many times it has been urged that the 'privacy' of litigants requires that the public be excluded from court proceedings. It is now well established, however, that covertness is the exception and openness the rule. Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings. The following comments of Laurence J. in *R. v. Wright*, 8 T.R. 293, are apposite and were cited with approval by Duff J. in *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339 at p. 359:

Je prends d'abord l'argument relatif à la vie privée. Ce n'est pas la première fois qu'on soulève cet argument devant les tribunaux. On a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos. Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclut le public des procédures judiciaires. Les remarques suivantes du juge Laurence dans *R. v. Wright*, 8 T.R. 293 sont pertinentes et le juge Duff les cite et confirme dans l'arrêt *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339, à la p. 359:

Though the publication of such proceedings may be to the disadvantage of the particular individual concerned, yet it is of vast importance to the public that the proceedings of courts of justice should be universally known. The general advantage to the country in having these proceedings made public more than counterbalances the inconveniences to the private persons whose conduct may be the subject of such proceedings.

[TRADUCTION] Même si la publicité de ces procédures peut comporter des inconvénients pour la personne directement en cause, il est extrêmement important pour le public que les procédures des cours de justice soient connues de tous. L'avantage que tire la société de la publicité de ces procédures fait amplement contreponds aux inconvénients que subit l'individu dont les agissements sont ainsi visés.

The leading case is the decision of the House of Lords in *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417. In the later case of *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177, at p. 200, Lord Blanesburgh, delivering the judgment of the Privy Council, referred to "publicity" as the "authentic hall-mark of judicial as distinct from administrative procedure".

L'arrêt de principe est celui que la Chambre des lords a rendu dans l'affaire *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417. Dans l'affaire plus récente *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177, à la p. 200, lord Blanesburgh, qui prononce le jugement au nom du Conseil privé, parle de la «publicité» comme [TRADUCTION] «la marque authentique qui distingue l'acte judiciaire de l'acte administratif».

It is, of course, true that *Scott v. Scott* and *McPherson v. McPherson* were cases in which proceedings had reached the stage of trial whereas the issuance of a search warrant takes place at the pre-trial investigative stage. The cases mentioned, however, and many others which could be cited, establish the broad principle of "openness" in judicial proceedings, whatever their nature, and in the exercise of judicial powers. The same policy con-

En fait, il est vrai que dans les affaires *Scott v. Scott* et *McPherson v. McPherson*, les procédures en étaient au stade du procès, alors que la délivrance d'un mandat de perquisition se fait au stade de l'enquête avant le procès. Ces arrêts cependant, ainsi que beaucoup d'autres que l'on pourrait citer, établissent le principe général de la «transparence» des procédures judiciaires, de quelque nature qu'elles soient, et de l'exercice des pouvoirs judi-

siderations upon which is predicated our reluctance to inhibit accessibility at the trial stage are still present and should be addressed at the pretrial stage. Parliament has seen fit, and properly so, considering the importance of the derogation from fundamental common law rights, to involve the judiciary in the issuance of search warrants and the disposition of the property seized, if any. I find it difficult to accept the view that a judicial act performed during a trial is open to public scrutiny but a judicial act performed at the pretrial stage remains shrouded in secrecy.

The reported cases have not generally distinguished between judicial proceedings which are part of a trial and those which are not. *Ex parte* applications for injunctions, interlocutory proceedings, or preliminary inquiries are not trial proceedings, and yet the 'open court' rule applies in these cases. The authorities have held that subject to a few well-recognized exceptions, as in the case of infants, mentally disordered persons or secret processes, all judicial proceedings must be held in public. The editor of *Halsbury's* 4th Edition states the rule in these terms:

In general, all cases, both civil and criminal, must be heard in open court, but in certain exceptional cases, where the administration of justice would be rendered impracticable by the presence of the public, the court may sit in camera [Vol. 10, para. 705, at p. 316].

At every stage the rule should be one of public accessibility and concomitant judicial accountability; all with a view to ensuring there is no abuse in the issue of search warrants, that once issued they are executed according to law, and finally that any evidence seized is dealt with according to law. A decision by the Crown not to prosecute, notwithstanding the finding of evidence appearing to establish the commission of a crime may, in some circumstances, raise issues of public importance.

In my view, curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate

ciaires. On retrouve avant le procès les mêmes raisons de principe qui soulèvent notre répugnance à interdire l'accessibilité au stade du procès, et il y a lieu de les considérer. Le législateur a jugé bon, et à juste titre, compte tenu de l'importance de la dérogation aux droits fondamentaux que reconnaît la *common law*, de confier au judiciaire la délivrance des mandats de perquisition et les dispositions à prendre à l'égard des biens saisis, s'il en est. Je puis difficilement accepter l'opinion qu'un acte judiciaire accompli au cours d'un procès soit assujéti à l'examen minutieux du public alors qu'un acte judiciaire accompli au stade précédant le procès soit gardé secret.

Les décisions publiées ne font généralement aucune distinction entre les procédures judiciaires qui font partie intégrante du procès et les autres. Les requêtes *ex parte* en injonction, les procédures interlocutoires ou les enquêtes préliminaires ne sont pas des éléments du procès, pourtant la règle de la «publicité» des débats s'y applique. Selon les autorités, sauf à quelques exceptions bien établies, comme le cas des enfants, des malades mentaux ou des procédés secrets, les procédures judiciaires doivent toutes se dérouler en public. Le rédacteur de *Halsbury*, 4<sup>e</sup> édition, énonce la règle en ces termes:

[TRADUCTION] En général, toutes les affaires, aussi bien civiles que criminelles, doivent être entendues en audience publique, mais dans certaines affaires exceptionnelles où la présence du public rendrait l'administration de la justice impossible, la cour peut siéger à huis clos [Vol. 10, par. 705, à la p. 316].

A chaque étape, on devrait appliquer la règle de l'accessibilité du public et la règle accessoire de la responsabilité judiciaire; tout cela en vue d'assurer qu'il n'y a pas d'abus dans la délivrance des mandats de perquisition, qu'une fois accordés, les mandats sont exécutés conformément à la loi et enfin qu'on dispose conformément à la loi des éléments de preuve saisis. Une décision de la poursuite de ne pas poursuivre nonobstant la découverte d'éléments de preuve qui paraissent établir la perpétration d'un crime peut, dans certains cas, soulever des questions importantes pour le public.

A mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance. C'est notam-

importance. One of these is the protection of the innocent.

Many search warrants are issued and executed, and nothing is found. In these circumstances, does the interest served by giving access to the public outweigh that served in protecting those persons whose premises have been searched and nothing has been found? Must they endure the stigmatization to name and reputation which would follow publication of the search? Protection of the innocent from unnecessary harm is a valid and important policy consideration. In my view that consideration overrides the public access interest in those cases where a search is made and nothing is found. The public right to know must yield to the protection of the innocent. If the warrant is executed and something is seized, other considerations come to bear.

## VI

That brings me to the second argument raised by the appellant. The point taken here is that the effective administration of justice would be frustrated if individuals were permitted to be present when the warrants were issued. Therefore, the proceeding must be conducted *in camera*, as an exception to the open court principle. I agree. The effective administration of justice does justify the exclusion of the public from the proceedings attending the actual issuance of the warrant. The Attorneys General have established, at least to my satisfaction, that if the application for the warrant were made in open court the search for the instrumentalities of crime would, at best, be severely hampered and, at worst, rendered entirely fruitless. In a process in which surprise and secrecy may play a decisive role the occupier of the premises to be searched would be alerted, before the execution of the warrant, with the probable consequence of destruction or removal of evidence. I agree with counsel for the Attorney General of Ontario that the presence in an open courtroom of members of the public, media personnel, and, potentially, contacts of suspected accused in respect of whom the search is to be made, would

ment le cas de la protection de l'innocent.

Bien des mandats de perquisition sont délivrés et exécutés sans que rien ne soit trouvé. Dans ces cas, l'intérêt protégé par l'accès du public l'emporte-t-il sur celui de la protection des personnes chez qui une perquisition a eu lieu sans que l'on n'ait rien trouvé? Ces personnes doivent-elles souffrir l'opprobre qui entacherait leur nom et leur réputation du fait de la publicité de la perquisition? La protection de l'innocent à l'égard d'un préjudice inutile est une considération de principe valable et importante. A mon avis, cette considération l'emporte sur le principe de l'accès du public dans les cas où l'on effectue une perquisition sans rien trouver. Le droit du public à l'information doit céder le pas devant la protection de l'innocent. Si le mandat est exécuté et qu'il y a saisie, d'autres considérations entrent en jeu.

## VI

Cela m'amène au second argument avancé par l'appellant. Cet argument porte que s'il était permis aux particuliers d'être présents lors de la délivrance des mandats, l'administration efficace de la justice deviendrait impossible. En conséquence, la procédure doit se dérouler à huis clos, par exception à la règle de l'audience publique. Je suis d'accord. L'administration efficace de la justice justifie que le public soit exclu des procédures qui portent sur la délivrance même du mandat. Les procureurs généraux ont démontré, à ma satisfaction du moins, que si la demande de mandat se déroulait en audience publique, la recherche d'objets relatifs aux crimes serait, au mieux, grandement entravée et, au pire, rendue tout à fait vaine. Dans une démarche où la surprise et le secret peuvent jouer un rôle décisif, l'occupant des lieux à perquisitionner serait prévenu de l'exécution du mandat, avec, comme conséquence probable, la destruction ou l'enlèvement d'éléments de preuve. Je suis d'accord avec le substitut du procureur général de l'Ontario que la présence à l'audience de particuliers, de représentants des médias et éventuellement de contacts des suspects que la perquisition doit viser rendrait complètement inutile le



render the mechanism of a search warrant utterly useless.

None of the counsel before us sought to sustain the position of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia that the issue of the search warrant is a judicial act which should be performed in open court by a justice of the peace with the public present. The respondent Mr. MacIntyre stated in paragraph 5 of his factum:

One must note that the Respondent never sought documentation relating to unexecuted search warrants nor did he ever request to be present during the decision making process . . .

It appeared clear during argument that the act of issuing the search warrant is, in practice, rarely, if ever, performed in open court. Search warrants are issued in private at all hours of the day or night, in the chambers of the justice by day or in his home by night. Section 443(1) of the *Code* seems to recognize the possibility of exigent situations in stating that a justice may "at any time" issue a warrant.

Although the rule is that of "open court" the rule admits of the exception referred to in *Halsbury*, namely, that in exceptional cases, where the administration of justice would be rendered impracticable by the presence of the public, the court may sit *in camera*. The issuance of a search warrant is such a case.

In my opinion, however, the force of the 'administration of justice' argument abates once the warrant has been executed, *i.e.* after entry and search. There is thereafter a "diminished interest in confidentiality" as the purposes of the policy of secrecy are largely, if not entirely, accomplished. The need for continued concealment virtually disappears. The appellant concedes that at this point individuals who are directly 'interested' in the warrant have a right to inspect it. To that extent at least it enters the public domain. The appellant must, however, in some manner, justify granting access to the individuals directly concerned, while denying access to the public in general. I can find no compelling reason for distinguishing between

mécanisme que constitue le mandat de perquisition.

Aucun des avocats en cette Cour n'a prétendu soutenir la position adoptée par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse selon laquelle la délivrance d'un mandat de perquisition est un acte judiciaire qui devrait être fait à l'audience par un juge de paix en présence du public. L'intimé MacIntyre dit au paragraphe 5 de son mémoire:

[TRADUCTION] Il faut souligner que l'intimé n'a jamais demandé à voir de pièces relatives à un mandat non exécuté ni n'a jamais demandé à être présent pendant le processus de décision . . .

Il est ressorti clairement pendant les plaidoiries que l'acte qui consiste à délivrer un mandat de perquisition n'est en réalité presque jamais, sinon jamais, fait en audience publique. Les mandats de perquisition sont délivrés en privé à toute heure du jour ou de la nuit, au cabinet du juge de paix le jour et à son domicile la nuit. Le paragraphe 443(1) du *Code* semble reconnaître la possibilité de situations d'urgence en énonçant qu'un juge de paix peut délivrer un mandat «à tout moment».

Même si la règle est celle de l'audience publique, elle comporte l'exception mentionnée dans *Halsbury*, savoir que dans les affaires exceptionnelles où la présence du public rendrait l'administration de la justice impossible, la cour peut siéger à huis clos. La délivrance d'un mandat de perquisition relève de cette catégorie.

A mon avis, cependant, la valeur de la thèse de «l'administration de la justice» diminue après l'exécution du mandat, c.-à.-d. après la visite des lieux et la perquisition. Le caractère confidentiel de la procédure a, par la suite, moins d'importance puisque les objectifs que vise le principe du secret sont en grande partie sinon complètement atteints. La nécessité de maintenir le secret a en pratique disparu. L'appellant reconnaît qu'à ce stade les particuliers qui sont directement «concernés» par le mandat ont le droit de le consulter. Dans cette mesure au moins, il tombe dans le domaine public. L'appellant doit cependant d'une certaine manière justifier l'accès aux mandats dont bénéficient les personnes directement concernées et l'interdiction

the occupier of the premises searched and the public. The curtailment of the traditionally uninhibited accessibility of the public to the working of the courts should be undertaken with the greatest reluctance.

The 'administration of justice' argument is based on the fear that certain persons will destroy evidence and thus deprive the police of the fruits of their search. Yet the appellant agrees these very individuals (*i.e.* those 'directly interested') have a right to see the warrant, and the material upon which it is based, once it has been executed. The appellants do not argue for blanket confidentiality with respect to warrants. Logically, if those directly interested can see the warrant, a third party who has no interest in the case at all is not a threat to the administration of justice. By definition, he has no evidence that he can destroy. Concern for preserving evidence and for the effective administration of justice cannot justify excluding him.

Undoubtedly every court has a supervisory and protecting power over its own records. Access can be denied when the ends of justice would be subverted by disclosure or the judicial documents might be used for an improper purpose. The presumption, however, is in favour of public access and the burden of contrary proof lies upon the person who would deny the exercise of the right.

I am not unaware that the foregoing may seem a departure from English practice, as I understand it, but it is in my view more consonant with the openness of judicial proceedings which English case law would seem to espouse.

## VII

I conclude that the administration of justice argument does justify an *in camera* proceeding at the time of issuance of the warrant but, once the warrant has been executed, exclusion thereafter of members of the public cannot normally be coun-

imposée au grand public. Je ne puis voir de raison impérative de distinguer entre le public et l'occupant des lieux où l'on a perquisitionné. C'est avec beaucoup d'hésitation que l'on se résoudra à restreindre l'accès traditionnellement absolu du public aux travaux des tribunaux.

L'argument fondé sur «l'administration de la justice» s'appuie sur la crainte que certaines personnes ne détruisent des éléments de preuve et ne privent ainsi la police des fruits de ses recherches. Même à cela, l'appellant admet que ces personnes mêmes (c.-à.-d. les personnes «directement concernées») ont le droit de voir le mandat et les pièces sur lesquelles le mandat se fonde, après qu'il a été exécuté. Les appelants ne prétendent pas à une confidentialité absolue des mandats. Logiquement, si ceux qui sont directement concernés peuvent prendre connaissance des mandats, un tiers qui n'a aucun intérêt dans l'affaire ne représente pas une menace pour l'administration de la justice. Par définition, il ne possède aucun élément de preuve qu'il pourrait détruire. Le souci de la sauvegarde des éléments de preuve et de l'administration efficace de la justice ne peut justifier qu'on exclue ce tiers.

Il n'y a pas de doute qu'une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers. L'accès peut en être interdit lorsque leur divulgation nuirait aux fins de la justice ou si ces dossiers devaient servir à une fin irrégulière. Il y a présomption en faveur de l'accès du public à ces dossiers et il incombe à celui qui veut empêcher l'exercice de ce droit de faire la preuve du contraire.

Je suis conscient que ce qui précède peut paraître s'écarter de la pratique anglaise, comme je l'interprète, mais cela cadre mieux, à mon avis, avec la transparence des procédures judiciaires que la jurisprudence anglaise semble préconiser.

## VII

Je conclus que l'argument relatif à l'administration de la justice justifie que l'on procède à huis clos au moment de la délivrance du mandat, mais qu'une fois celui-ci exécuté, il n'est normalement pas possible d'admettre encore l'exclusion du

tenanced. The general rule of public access must prevail, save in respect of those whom I have referred to as innocent persons.

I would dismiss the appeal and vary the declaration of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia to read as follows:

IT IS DECLARED that after a search warrant has been executed, and objects found as a result of the search are brought before a justice pursuant to s. 446 of the *Criminal Code*, a member of the public is entitled to inspect the warrant and the information upon which the warrant has been issued pursuant to s. 443 of the *Code*.

There will be no costs in this Court.

The reasons of Martland, Ritchie, Beetz and Estey JJ. were delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—This appeal is from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia. The facts which gave rise to the case are not in dispute.

The appellant, Ernest Harold Grainger, is Chief Clerk of the Provincial Magistrate's Court at Halifax and is also a Justice of the Peace. The respondent is a television journalist employed by the Canadian Broadcasting Corporation who, at the material time, was researching a story on political patronage and fund raising. He asked the appellant, Grainger, to show him certain search warrants and supporting material and was refused on the ground that such material was not available for inspection by the general public.

The respondent gave notice to the appellants of an intended application in the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division, for "an Order in the nature of mandamus and/or a declaratory judgment to the effect that the search warrants and Informations relating thereto issued pursuant to Section 443 of the Criminal Code of Canada or other related or similar statutes are a matter of public record and may be inspected by a member of the public upon reasonable request".

public en général. La règle générale de l'accès du public doit prévaloir, sauf à l'égard de ceux que j'ai déjà appelés des innocents.

<sup>a</sup> Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de modifier le jugement déclaratoire de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de façon qu'il se lise ainsi:

<sup>b</sup> LA COUR DÉCLARE qu'après qu'un mandat de perquisition a été exécuté et que les objets trouvés par suite de la perquisition ont été portés devant un juge de paix conformément à l'article 446 du *Code criminel*, un particulier a le droit d'examiner le mandat et la dénonciation par suite de laquelle le mandat a été délivré conformément à l'article 443 du *Code*.

<sup>c</sup> Il n'y aura pas d'adjudication de dépens en cette Cour.

<sup>d</sup> Version française des motifs des juges Martland, Ritchie, Beetz et Estey rendus par

<sup>e</sup> LE JUGE MARTLAND (*dissent*)—Cet appel attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Les faits qui ont donné naissance au litige ne sont pas contestés.

<sup>f</sup> L'appelant Ernest Harold Grainger est greffier principal de la Cour de magistrat provinciale à Halifax et il est aussi juge de paix. L'intimé est journaliste de la télévision au service de la Société Radio-Canada et à l'époque en cause il faisait des recherches sur une affaire de favoritisme politique et de souscription de fonds. Il a demandé à l'appelant Grainger de lui montrer des mandats de perquisition et les documents justificatifs, ce qui lui fut refusé pour le motif que le public en général ne peut avoir accès à ces documents pour les <sup>g</sup> consulter.

<sup>h</sup> L'intimé a alors avisé les appelants qu'il s'adresserait à la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour obtenir <sup>i</sup> [TRADUCTION] «une ordonnance de la nature d'un *mandamus* ou d'un jugement déclaratoire ou l'un et l'autre, portant que les mandats de perquisition et les dénonciations qui s'y rapportent, délivrés en application de l'art. 443 du *Code criminel* du Canada ou d'autres lois semblables, sont des documents officiels et qu'ils peuvent être consultés par un particulier sur demande raisonnable».

The application was heard by Richard J. who ordered that the respondent "is entitled to a declaration to the effect that the Search Warrants and Informations relating thereto which have been executed upon and which are in the control of a Justice of the Peace or a Court Official are court records and are available for examination by members of the general public." It will be noted that this order was limited to search warrants which had been executed.

The appellants appealed unsuccessfully to the Appeal Division. The judgment dismissing the appeal contained the following declaration:

IT IS DECLARED that a member of the public is entitled to inspect informations upon which search warrants have been issued pursuant to section 443 of the Criminal Code of Canada.

This declaration was broader in its scope than that made by Richard J. in that it was not limited to search warrants which had been executed. The basis for the Court's decision is set forth in the following paragraph of the reasons for judgment:

In my opinion any member of the public does have a right to inspect informations upon which search warrants are based, pursuant to s. 443 of the Criminal Code, since the issue of the search warrant is a judicial act performed in open court by a justice of the peace. The public would be entitled to be present on that occasion and to hear the contents of the information presented to the justice when he is requested to exercise his discretion in the granting of the warrant. The information has become part of the record of the court as revealed at a public hearing and must be available for inspection by members of the public.

Subsection (1) of s. 443 of the Criminal Code provides:

**443.** (1) A justice who is satisfied by information upon oath in Form 1, that there is reasonable ground to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything upon or in respect of which any offence against this Act has been or is suspected to have been committed,

(b) anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act, or

Le juge Richard a entendu la requête et statué que l'intimé [TRADUCTION] «a droit à un jugement déclarant que les mandats de perquisition qui ont été exécutés et les dénonciations qui s'y rapportent, qui se trouvent sous la garde du juge de paix ou du fonctionnaire d'une cour, sont des pièces du dossier judiciaire que le grand public peut consulter». Il y a lieu de noter que cette ordonnance ne porte que sur des mandats qui ont été exécutés.

Les appelants ont été déboutés en Division d'appel. L'arrêt rejetant l'appel comporte la déclaration suivante:

[TRADUCTION] IL EST STATUÉ qu'un particulier a le droit de consulter les dénonciations à l'origine des mandats de perquisition délivrés en application de l'art. 443 du Code criminel du Canada.

Cette déclaration a une portée plus étendue que celle du juge Richard qui ne portait que sur des mandats de perquisition exécutés. L'alinéa suivant des motifs du jugement énonce le fondement de l'arrêt de la Cour:

[TRADUCTION] A mon avis, tout particulier a le droit de consulter les dénonciations sur lesquelles se fondent les mandats de perquisition, en application de l'art. 443 du Code criminel, puisque la délivrance d'un mandat est un acte judiciaire accompli en audience publique par un juge de paix. Le public pourrait avoir droit d'être présent à ce moment-là et d'entendre la teneur de la dénonciation soumise au juge de paix quand on lui demande d'exercer le pouvoir qu'il possède de délivrer le mandat. Ayant été produite à une audience publique, la dénonciation est devenue partie des dossiers du tribunal et le grand public doit pouvoir y avoir accès pour le consulter.

Le paragraphe (1) de l'art. 443 du Code criminel est ainsi conçu:

**443.** (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment suivant la formule 1, qu'il existe un motif raisonnable pour croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve

(a) une chose sur ou concernant laquelle une infraction à la présente loi a été commise ou est soupçonnée avoir été commise,

(b) une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle fournira une preuve touchant la perpétration d'une infraction à la présente loi, ou

(c) anything that there is reasonable ground to believe is intended to be used for the purpose of committing any offence against the person for which a person may be arrested without warrant,

may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer to search the building, receptacle or place for any such thing, and to seize and carry it before the justice who issued the warrant or some other justice for the same territorial division to be dealt with by him according to law.

Section 446 of the *Criminal Code* provides that anything seized under a search warrant issued pursuant to s. 443 and brought before a justice shall be detained by him or he may order that it be detained until the conclusion of any investigation or until required to be produced for the purpose of a preliminary inquiry or trial.

Subsection (5) of s. 446 provides:

446. ...

(5) Where anything is detained under subsection (1), a judge of a superior court of criminal jurisdiction or of a court of criminal jurisdiction may, on summary application on behalf of a person who has an interest in what is detained, after three clear days notice to the Attorney General, order that the person by or on whose behalf the application is made be permitted to examine anything so detained.

The appellants, by leave of this Court, have appealed from the judgments of the Appeal Division. The two issues stated by the appellants are as follows:

- (i) Are search warrants issued pursuant to Section 443 of the *Criminal Code* issued in open court and are they and the informations pertaining thereto consequently documents open for public inspection,
- (ii) Whether there is otherwise a general right to inspect search warrants and the informations pertaining thereto.

With respect to the first issue, I am in agreement with my brother Dickson, for the reasons which he has given, that the broad declaration made by the Appeal Division cannot be sustained.

c) une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle est destinée à servir aux fins de la perpétration d'une infraction contre la personne, pour laquelle un individu peut être arrêté sans mandat,

a peut, à tout moment, lancer un mandat sous son seing, autorisant une personne y nommée ou un agent de la paix à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose, la saisir et la transporter devant le juge de paix qui a décerné le mandat, ou quelque autre juge de paix de la même circonscription territoriale, afin qu'il en dispose d'après la loi.

L'article 446 du *Code criminel* prévoit que le juge de paix doit retenir tout ce qui a été saisi en exécution d'un mandat de perquisition décerné conformément à l'art. 443 et porté devant lui ou qu'il peut en ordonner la rétention jusqu'à la conclusion de toute enquête ou jusqu'à ce que sa production soit requise aux fins d'une enquête préliminaire ou d'un procès.

Le paragraphe (5) de l'art. 446 prévoit:

446. ...

(5) Lorsqu'une chose est détenue aux termes du paragraphe (1), un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle ou d'une cour de juridiction criminelle peut, sur demande sommaire de la part d'une personne qui a un intérêt dans la chose détenue, après un avis de trois jours francs au procureur général, ordonner qu'il soit permis à la personne par qui ou de la part de qui la demande est faite, d'examiner n'importe quelle chose ainsi détenue.

Les appelants interjettent appel de l'arrêt de la Division d'appel sur autorisation de cette Cour. Les deux questions posées par les appelants sont les suivantes:

[TRADUCTION]

- (i) Les mandats de perquisition décernés conformément à l'art. 443 du *Code criminel* sont-ils décernés en audience publique et sont-ils en conséquence, de même que les dénonciations qui s'y rapportent, des documents que le public peut consulter?
- (ii) Y a-t-il, par ailleurs, un droit général de consulter des mandats de perquisition et les dénonciations qui s'y rapportent?

Pour ce qui est de la première question, je suis d'accord avec mon collègue le juge Dickson, pour les motifs qu'il exprime, que la déclaration générale faite par la Division d'appel n'est pas défenda-

That being so, the respondent cannot assert a right to examine the search warrants and the related informations on the basis that the issuance of the search warrants was a judicial act in open court with a right for the public to be present.

That brings us to the second issue defined by the appellants as to whether there is a general right to inspect search warrants and the informations pertaining thereto. This was the real basis of the submission of the respondent who did not seek to sustain the position taken by the Appeal Division. His position is that search warrants issued under s. 443 and the informations pertaining thereto are court documents which are open to general public inspection.

The respondent relies upon an ancient English statute enacted in 1372, 46 Edward III. An English translation of this Act, which was enacted in law French, appears in a note at the end of the judgment of the Court of King's Bench in *Caddy v. Barlow* (1827), 1 Man. & Ry. 275 at pp. 279-80. I will quote that part of the note which includes the statutory provision:

It appears that originally all judicial records of the King's Courts were open to the public without restraint, and were preserved for that purpose. Lord Coke, in his preface to 3 Co. Rep. 3, speaking on this subject says, "these records, for that they contain great and hidden treasure, are faithfully and safely kept, (as they well deserve), in the king's treasury. And yet not so kept but that any subject may for his necessary use and benefit have access thereunto; which was the ancient law of England, and so is declared by an act of Parliament in 46 *Edw.* 3, in these words:— Also the Commons pray, that, whereas records, and whatsoever is in the King's Court, ought of reason to remain there, for perpetual evidence and aid of all parties thereto, and of all those whom in any manner they reach, when they have need; and yet of late they refuse, in the Court of our said Lord, to make search or exemplification of any thing which can fall in evidence against the King, or in his disadvantage. May it please (you) to ordain by statute, that search and exemplification be made for all persons (*fait as tous gentz*) of whatever record touches them in any manner, as well as that which falls against the King

ble. Il s'ensuit que l'intimé ne peut prétendre à un droit de consulter les mandats de perquisition et les dénonciations qui s'y rapportent sous prétexte que la délivrance des mandats de perquisition est un acte judiciaire accompli au cours d'une audience publique à laquelle le public a le droit d'être présent.

Cela nous amène à la seconde question soulevée par les appelants, celle de savoir s'il existe un droit général de consulter les mandats de perquisition et les dénonciations qui s'y rapportent. C'est là le fondement réel de l'argumentation de l'intimé qui n'a pas cherché à appuyer la conclusion de la Division d'appel. Il soutient que les mandats de perquisition décernés en application de l'art. 443 et les dénonciations qui s'y rapportent sont des documents judiciaires auxquels le grand public peut avoir accès pour les consulter.

L'intimé s'appuie sur une ancienne loi anglaise adoptée en 1372, 46 Edward III. Une traduction anglaise de la loi, rédigée en ancien français, figure dans une annotation à la fin du jugement de la Cour du Banc du Roi dans *Caddy v. Barlow* (1827), 1 Man. & Ry. 275, aux pp. 279 et 280. Je citerai la partie de la note qui comporte la disposition législative:

[TRADUCTION] Il ressort qu'au commencement le public avait accès à tous les dossiers judiciaires des cours royales sans restriction et que ceux-ci étaient conservés à cette fin. Lord Coke, dans la préface de 3 Co. Rep. 3, dit à ce sujet: «ces dossiers, parce qu'ils contiennent de grands trésors cachés, sont conservés fidèlement en sûreté (et c'est bien justifié) dans le trésor du Roi. Ils ne sont toutefois pas gardés de manière à empêcher tout sujet d'y avoir accès pour son besoin indispensable et son avantage; ce qui est l'ancien droit en Angleterre promulgué par une loi du Parlement sous 46 *Edw.* 3, dans les termes suivants: —Les Communes demandent de plus que, puisque les dossiers et tout ce qui se trouve dans la cour du Roi doivent nécessairement y rester, comme preuve et soutien perpétuels pour toutes les parties y présentes et pour tous ceux qu'ils concernent quand ils en ont besoin; et puisque récemment on refuse, dans la cour de notre dit Souverain de faire recherche ou copie de tout ce qui pourrait être apporté en preuve contre le Roi ou à son désavantage. Qu'il vous plaise d'ordonner par statut, que recherche et copie soient faites pour toute personne (*fait as tous gentz*) de tout document

as other persons. *Le Roy le voet.*”

The respondent cites this legislation in support of the proposition that a member of the public has access to all judicial records. However, the provisions of the statute did not go that far. It referred to “whatever record touches them in any manner”. (Emphasis added.) I take this as meaning that to obtain the benefit of the statute the person had to show that the document sought to be searched in some way affected his interests.

This view is supported by the portion of the footnote which precedes the quotation of the statute. Lord Coke states that any subject may have access to the records “for his necessary use and benefit”.

The case of *Caddy v. Barlow* itself related to the admissibility, in an action for malicious prosecution, of a copy of an indictment against the plaintiff which had been granted to her brother, the co-accused.

The respondent refers to the judgment of the Court of Appeal for Ontario in *The Attorney-General v. Scully* (1902), 4 O.L.R. 394, in which reference is made to *Caddy v. Barlow* and to the English statute. That case dealt with an application made to the clerk of the peace for a copy of the indictment in a criminal charge of theft against the applicant who had been acquitted. He obviously had an interest in obtaining the document.

The Appeal Division in the present case which, as previously noted, based its decision to permit the examination of the search warrants and informations upon its conclusion that these documents were produced at a judicial hearing in open court, did deal with the assertion of a general right to examine court documents in the following passage in its reasons:

In my opinion at common law courts have always exercised control over their process in open court and access to the records. Although the public have a right to any information they may gleam [*sic*] from attendance at a public hearing of a process in open court, and to those parts of the record that are part of the public presentation of the judicial proceeding in open court

qui les touche de quelque façon, aussi bien que de tout ce qui va contre le Roi que contre toutes autres personnes. *Le Roy le voet.*»

L'intimé invoque ce texte de loi pour appuyer l'argument qu'un particulier a accès à toutes les archives judiciaires. Cependant, la loi ne va pas aussi loin. Elle parle de «tout document qui les touche de quelque façon». (C'est moi qui souligne.) J'en conclus que pour se prévaloir de la disposition de la loi, la personne devait démontrer que le document dont elle voulait prendre connaissance touchait ses intérêts.

Une partie de la note en bas de page qui précède cette citation appuie cette interprétation. Lord Coke dit que tout sujet peut avoir accès aux dossiers [TRADUCTION] «pour son besoin indispensable et son avantage».

L'affaire *Caddy v. Barlow* porte elle-même sur la recevabilité, dans une action pour poursuite malveillante, d'une copie de l'acte d'accusation contre la demanderesse qui avait été accordée à son frère coaccusé.

L'intimé cite l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *The Attorney-General v. Scully* (1902), 4 O.L.R. 394 qui renvoie à l'affaire *Caddy v. Barlow* et à la loi anglaise. Cet affaire porte sur une requête faite au greffier de la paix sollicitant une copie de l'acte d'accusation dans une inculpation de vol contre le requérant qui avait été déclaré non coupable. Il avait manifestement un intérêt à obtenir le document.

Comme je l'ai déjà signalé, la Division d'appel a en l'espèce fondé sa décision de permettre la consultation des mandats de perquisition et des dénonciations sur sa conclusion que ces documents avaient été produits au cours d'une enquête judiciaire en audience publique et elle parle de l'existence d'un droit général de consulter des archives judiciaires dans le passage de ses motifs.

[TRADUCTION] A mon avis, les cours ont toujours eu la maîtrise, en *common law*, du déroulement de leurs procédures en audience publique et de l'accès à leurs dossiers. Même si le public a un droit à tout renseignement qu'il peut tirer en assistant à un procès tenu en audience publique et à cette partie du dossier qui appartient à la présentation publique de la procédure judi-

there have always been some parts of the court file that are available only to "persons interested" and this "interest" must be established to the satisfaction of the court. Parties to civil actions and the accused in criminal proceedings have always been held by the courts to be persons so interested. Other persons must establish their right to see particular documents before being entitled to do so.

The Appeal Division cited in its reasons paragraphs 1492 and 1493 of *Taylor on Evidence*, 11th ed. (The same paragraphs appear with the same numbers in the 12th edition):

1492. It is highly questionable whether the *records of inferior tribunals* are open to the inspection of all persons without distinction; but it is clear that everyone has a right to inspect and take copies of the parts of the proceedings in which he is individually interested. The party, therefore, who wishes to examine any particular record of one of those courts, should first apply to that court, showing that he has some interest in the document in question, and that he requires it for a proper purpose. If his application be refused, the Chancery, or the King's Bench Division of the High Court, upon affidavit of the fact, may send either for the record itself or an exemplification; or the latter court will, by mandamus, obtain for the applicant the inspection or copy required. Thus, where a person, after having been convicted by a magistrate under the game laws, had an action brought against him for the same offence, the Court of Queen's Bench held that he was entitled to a copy of the conviction; and the magistrate having refused to give him one, they granted a writ of certiorari, for the mere purpose of procuring a copy, and of thus enabling the defendant to defeat the action. So, where a party, who had been sued in a court of conscience and had been taken in execution, brought an action of trespass and false imprisonment, the judges granted him a rule to inspect so much of the book of the proceedings as related to the suit against himself.

1493. Indeed, it may be laid down as a general rule, that the King's Bench Division will *enforce by mandamus the production of every document of a public nature*, in which any one of his Majesty's subjects can prove himself to be *interested*. Every officer, therefore, appointed by law to keep records ought to deem himself a trustee for all interested parties, and allow them to

ciaire en audience publique, il y a toujours eu certaines portions du dossier judiciaire qui n'ont été accessibles qu'aux «personnes concernées» dont l'intérêt doit être prouvé à la satisfaction de la cour. Les cours ont toujours considéré les parties dans les actions civiles et l'accusé dans une poursuite criminelle comme des personnes ainsi concernées. Les autres personnes doivent faire la preuve de leur droit de voir certains documents avant d'être admises à le faire.

La Division d'appel a cité, dans ses motifs de jugement, les paragraphes 1492 et 1493 de *Taylor on Evidence*, 11<sup>e</sup> éd. (Les mêmes paragraphes figurent sous les mêmes numéros dans la 12<sup>e</sup> édition):

[TRADUCTION] 1492. Il n'est pas du tout certain que les *archives des tribunaux d'instance inférieure* puissent être consultées par n'importe qui, sans distinction, mais il est manifeste que toute personne a le droit de consulter et d'obtenir copie des pièces des procédures qui la concernent personnellement. Donc quiconque veut examiner un document précis de l'un de ces tribunaux, doit d'abord en faire la demande à ce tribunal et démontrer qu'il a un intérêt vis-à-vis du document en cause et qu'il le demande à une fin légitime. Si sa requête est rejetée, la Chancellerie ou la Division du Banc du Roi de la Haute Cour, sur déclaration sous serment de ce fait, pourra requérir soit la pièce elle-même soit sa copie, ou cette dernière cour obtiendra, par *mandamus*, pour le requérant, la consultation du document ou la copie demandée. Ainsi, dans le cas d'une personne qui a été déclarée coupable par un magistrat en vertu des lois sur le jeu et qui fait l'objet d'une action pour la même infraction, la Cour du Banc de la Reine a statué que cette personne avait droit à une copie de la déclaration de culpabilité; le magistrat ayant refusé de la lui donner, la Cour a accordé un bref de *certiorari* à la seule fin d'obtenir la copie et de permettre au défendeur de repousser l'action. De même, lorsqu'une personne poursuivie devant une cour de petites créances et emprisonnée pour dette a intenté une action pour abus et emprisonnement injustifié, les juges lui ont accordé une ordonnance lui permettant d'examiner toute la partie du registre des procédures qui avait trait à la poursuite dirigée contre elle.

1493. Certes, on peut affirmer en règle générale que la Division du Banc du Roi *forcera par mandamus la production de tout document de nature publique*, par lequel un sujet de sa Majesté peut démontrer qu'il est *concerné*. Donc, un fonctionnaire désigné en droit pour conserver des dossiers doit se considérer comme un fiduciaire de toutes les parties concernées et leur per-



inspect such documents as concern themselves,—without putting them to the expense and trouble of making a formal application for a mandamus. But the applicant must show that he has some direct and tangible interest in the documents sought to be inspected, and that the inspection is *bona fide* required on some special and public ground, or the court will not interfere in his favour; and therefore, if his object be merely to gratify a rational curiosity, or to obtain information on some general subject, or to ascertain facts which may be indirectly useful to him in some ulterior proceedings, he cannot claim inspection as a right capable of being enforced.

The first edition of this work was published in 1848, and so these propositions may be taken as representing the author's views of the law of England on this subject.

In *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 1, para. 97, a similar statement of the law appears:

The applicant's interest in the documents must be direct and tangible. Neither curiosity, even though rational, nor the ascertainment of facts which may be useful for furthering some ulterior object, constitutes a sufficient interest to bring an applicant within the rule on which the court acts in granting a mandamus for the inspection of public documents.

Although reasonable grounds must be shown for requiring inspection, it is not necessary to show as a ground for the application for a mandamus to inspect documents that a suit has been actually instituted. It will suffice to show that there is some particular matter in dispute and that the applicant is interested therein.

It is quite clear that the respondent has no direct and tangible interest in the documents which he sought to examine. He wished to examine them to further an ulterior object, *i.e.* for the purpose of preparing a news story. Applying the rule applicable under English law, the appellant, Grainger, was entitled to refuse his request.

It is suggested that a broader right might be recognized consonant with the openness of judicial proceedings. This suggestion requires a consideration of the nature of the proceedings provided for in s. 443. That section provides a means whereby persons engaged in the enforcement of criminal law may obtain leave, *inter alia*, to search buildings, receptacles or places and seize documents or

mettre de consulter les documents qui les concernent,—sans qu'elles aient le mal de présenter une demande expresse de *mandamus* et d'en subir les frais. Le requérant doit cependant démontrer qu'il a un intérêt immédiat et réel dans les documents qu'il veut consulter et qu'il fait cette demande de bonne foi pour un motif public précis, autrement la cour n'interviendra pas en sa faveur. Donc, si son but est simplement de satisfaire une curiosité légitime, d'obtenir des renseignements d'ordre général ou de vérifier des faits qui lui seront indirectement utiles dans d'autres procédures, il ne peut demander de consulter les documents en tant que droit strict.

La première édition de cet ouvrage est parue en 1848 et on peut considérer que ces énoncés représentent l'opinion de l'auteur quant au droit anglais sur le sujet.

Dans *Laws of England* de Halsbury, 4<sup>e</sup> éd., vol. 1, par. 97, on trouve un énoncé semblable:

[TRADUCTION] L'intérêt du requérant dans les documents doit être réel et direct. Ni la curiosité, même légitime, ni la vérification de faits qui pourraient être utiles à un autre objet, ne constitue un intérêt suffisant pour rendre applicable au requérant la règle en vertu de laquelle la cour ordonne par *mandamus* qu'on le laisse consulter des documents publics.

Même s'il faut faire la preuve de motifs raisonnables pour demander de consulter des documents, il n'est pas essentiel d'invoquer comme motif d'une requête en *mandamus* visant la consultation de documents, qu'une poursuite ait effectivement été engagée. Il suffit de prouver qu'il y a un point contesté et qu'il concerne le requérant.

Il est tout à fait clair que l'intimé n'est pas concerné de façon directe et réelle par les documents qu'il veut consulter. Il veut les consulter pour réaliser une autre fin, c.-à-d. pour préparer un reportage. Si on applique la règle qui prévaut en vertu du droit anglais, l'appelant Grainger était en droit de rejeter la demande de l'intimé.

On suggère qu'on pourrait reconnaître un droit plus large en accord avec le caractère public des procédures judiciaires. Cette proposition appelle une analyse de la nature des procédures prévues à l'art. 443. Cet article donne aux personnes chargées de l'application du droit criminel la possibilité d'obtenir notamment l'autorisation de faire une perquisition dans des bâtiments, contenant ou

other things which may afford evidence with respect to the commission of a criminal offence. A justice is empowered by the section to authorize this to be done. Before giving such authority, he must be satisfied by information on oath that there is reasonable ground for believing that there is in the building, receptacle or place anything in respect of which an offence has been committed or is suspected to have been committed; anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence of the commission of a criminal offence; or anything that there is reasonable ground to believe is intended to be used for the commission of an offence against the person for which a person may be arrested without warrant.

The function of the justice may be considered to be a judicial function, but might more properly be described as a function performed by a judicial officer, since no notice is required to anyone, there is no opposite party before him and, in fact, in the case of a search before proceedings are instituted, no opposite party exists. There is no requirement that the justice should perform his function in court. The justice does not adjudicate, nor does he make any order. His power is to give authority to do certain things which are a part of pretrial preparation by the Crown. No provision is made in either s. 443 or s. 446 for an examination by anyone of the documents on the basis of which the justice issued a search warrant.

As the function of the justice is not adjudicative and is not performed in open court, cases dealing with the requirement of court proceedings being carried on in public, such as *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417, and *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177, are not, in my opinion, relevant to the issue before the Court. The documents which the respondent seeks to examine are not documents filed in court proceedings. They are the necessary requirements which enable the justice to grant permission for the Crown to pursue its investigation of possible crimes and to prepare for criminal proceedings.

lieux et de saisir des documents ou autres objets qui peuvent fournir la preuve de la perpétration d'un acte criminel. L'article permet à un juge de paix d'accorder l'autorisation de le faire. Avant d'accorder cette autorisation, le juge de paix doit être convaincu, par suite d'une dénonciation faite sous serment, qu'il y a un motif raisonnable de croire qu'il y a dans le bâtiment, contenant ou lieu une chose concernant laquelle une infraction a été commise ou est soupçonnée avoir été commise; une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle fournira une preuve de la perpétration d'une infraction criminelle ou une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle est destinée à servir aux fins de la perpétration d'une infraction contre la personne, pour laquelle un individu peut être arrêté sans mandat.

Le rôle du juge de paix peut être vu comme un rôle judiciaire, mais pourrait être mieux qualifié comme une fonction remplie par un officier de justice, puisque aucun avis à qui que ce soit n'est exigé, qu'il n'y a pas de partie adverse devant lui et qu'en réalité, si le mandat est demandé avant l'institution des procédures, il n'existe pas de partie adverse. Il n'est pas nécessaire que le juge de paix remplisse sa fonction en cour. Le juge de paix ne juge pas et il ne rend pas d'ordonnance. Son pouvoir consiste à permettre de faire certaines choses qui font partie de la préparation du procès faite par la poursuite. Rien à l'art. 443 ni à l'art. 446 ne prévoit la consultation des documents en vertu desquels le juge de paix a décerné un mandat de perquisition.

Puisque la fonction du juge de paix n'est pas judiciaire et n'est pas remplie en audience publique, selon moi, les arrêts qui portent sur l'obligation de tenir les audiences des tribunaux en public, tels *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 et *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177, ne sont pas pertinents en l'espèce. Les documents que l'intimé demande à consulter ne sont pas des documents produits à l'occasion de procédures judiciaires. Ils constituent des conditions essentielles qui permettent au juge de paix d'autoriser la poursuite à continuer d'enquêter sur des actes criminels qui ont pu être commis et à se préparer en vue des procédures pénales.

If the documents in question in this appeal are not subject to public examination prior to the execution of the search warrants, I see no logical reason why they should become subject to such examination thereafter, at least until the case in respect of which the search has been made has come to trial. It is true that a search of those documents before the search warrant has been executed might frustrate the very purpose for which the warrant was issued by forewarning the person whose premises were to be searched. The element of surprise is essential to the proper enforcement of the criminal law. There are, however, additional and important reasons why such documents should not be made public which continue even after the warrant has been executed.

The information upon oath on the basis of which a search warrant may be issued is in Form 1 contained in Part XXV of the *Criminal Code*. It requires a description of the offence in respect of which the search is to be made. The informant must state that he has reasonable grounds for believing that the things for which the search is to be made are in a particular place and must state the grounds for such belief. This document, which may be submitted to the justice before any charges have been laid, discloses the informant's statement that an offence has been committed or is intended to be committed.

The disclosure of such information before trial could be prejudicial to the fair trial of the person suspected of having committed such crime. Publication of such information prior to trial is even more serious.

In *R. v. Fisher* (1811), 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253, a prosecution was instituted for criminal libel in consequence of the publication by the defendants of the preliminary examinations taken *ex parte* before a magistrate prior to the committal for trial of the plaintiff on a charge of assault with intent to rape. In his judgment, Lord Ellenborough said, at p. 570:

If anything is more important than another in the administration of justice, it is that jurymen should come to the trial of those persons on whose guilt or innocence they are to decide, with minds pure and unprejudiced. Is it possible they should do so, after having read for weeks

Si le public ne peut consulter les documents en cause dans le présent appel avant l'exécution des mandats de perquisition, je ne vois pas de raison logique d'en permettre la consultation après l'exécution, du moins jusqu'à ce que l'affaire qui a donné lieu à la perquisition vienne à procès. Il est vrai que l'examen de ces documents avant l'exécution du mandat de perquisition pourrait empêcher l'objet même du mandat de se réaliser en prévenant la personne au local de laquelle on devait perquisitionner. L'élément de surprise est essentiel à la bonne administration du droit criminel. Il y a toutefois d'autres motifs importants de ne pas rendre publics de tels documents même après l'exécution du mandat.

La dénonciation faite sous serment qui sert de fondement à la délivrance d'un mandat de perquisition se fait selon la formule I de la Partie XXV du *Code criminel*. Elle doit comporter une description de l'infraction à l'égard de laquelle on doit faire une perquisition. Le dénonciateur doit déclarer qu'il a des motifs raisonnables de croire que les objets que l'on cherche sont dans un lieu particulier et énoncer les motifs de cette conviction. Cette pièce, qui peut être présentée au juge de paix avant qu'une accusation soit portée, révèle la déclaration du dénonciateur selon laquelle quelqu'un a commis ou a l'intention de commettre une infraction.

La divulgation de cette dénonciation avant le procès pourrait empêcher la personne soupçonnée d'un tel crime de jouir d'un procès juste. La publication de ces renseignements avant le procès est encore plus grave.

Dans l'affaire *R. v. Fisher* (1811), 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253, il y a eu poursuite pénale en diffamation à la suite de la publication par les défendeurs des enquêtes préliminaires qui s'étaient déroulées *ex parte* devant un magistrat avant le renvoi à procès du demandeur sur une inculpation de voies de fait avec intention de viol. Dans son jugement, lord Ellenborough dit, à la p. 570:

[TRADUCTION] S'il est quelque chose qui prime sur le reste dans l'administration de la justice, c'est que les jurés arrivent au procès des personnes dont ils doivent juger de la culpabilité ou de l'innocence sans préjugés et l'esprit libre. Est-ce possible s'ils ont lu pendant les

and months before, *ex parte* statements of the evidence against the accused, which the latter had no opportunity to disprove or to controvert? . . . The publication of proceedings in courts of justice, where both sides are heard, and matters are finally determined, is salutary, and therefore it is permitted. The publication of these preliminary examinations has a tendency to pervert the public mind, and to disturb the course of justice; and it is therefore illegal.

Inspection of the information and the search warrant would enable the person inspecting the documents to discover the identity of the informant. In certain types of cases this might well place the informant in jeopardy. It was this kind of risk which led to the recognition in law of the right of the police to protect from disclosure the identity of police informants. That right exists even where a police officer is testifying at a trial. The same kind of risk arises in relation to persons who give information leading to the issuance of a search warrant. For the same reasons which justify the police in refusing to disclose the identity of an informer, public disclosure of documents from which the identity of the informant may be ascertained should not be compelled.

In his reasons, my brother Dickson has referred to the fact that in recent years the search warrant has become an increasingly important investigatory aid as crime and criminals become increasingly sophisticated and has pointed out that the effectiveness of a search pursuant to a search warrant depends, *inter alia*, on the degree of confidentiality which attends the issuance of the warrant. To insure such confidentiality, it is essential that criminal organizations, such as those involved in the drug traffic, should be prevented, as far as possible, from obtaining the means to discover the identity of persons assisting the police.

Apart from the protection of the identity of the person furnishing the information upon which the issuance of a search warrant is founded, it is undesirable, in the public interest, that those engaged in criminal activities should have available to them information which discloses the pattern of police activities in connection with searches. In *Inland Revenue Commissioners v.*

*semaines et les mois qui précèdent les déclarations ex parte au sujet de preuves défavorables à l'accusé que celui-ci n'a pas eu la possibilité de contester ni de réfuter? . . . La publication des procédures des tribunaux judiciaires où les deux parties se font entendre et où les questions reçoivent une solution définitive est salutaire et, par conséquent, permise. La publication de ces enquêtes préliminaires a tendance à fausser l'esprit du public et à détourner le cours de la justice et est, en conséquence, illégale.*

La consultation de la dénonciation et du mandat de perquisition permettrait à quiconque examine ces documents de connaître l'identité du dénonciateur. Dans certains genres d'affaires, cela pourrait bien mettre le dénonciateur en danger. C'est ce genre de risque qui a amené la justice à reconnaître le droit de la police de ne pas révéler l'identité de ses informateurs. Ce droit existe même pour un agent de police qui dépose à un procès. Le même genre de risque se présente pour les personnes qui fournissent des renseignements qui amènent la délivrance d'un mandat de perquisition. Pour les mêmes motifs qui justifient le refus de la police de dévoiler l'identité d'un informateur, il faut empêcher la divulgation au public de documents qui pourraient révéler l'identité du dénonciateur.

Dans ses motifs, mon collègue le juge Dickson a mentionné que depuis quelques années, le mandat de perquisition a acquis une importance accrue comme moyen d'enquête puisque le crime et les criminels deviennent de plus en plus astucieux et il a souligné que l'efficacité d'une perquisition faite par suite d'un mandat dépend, pour une part, du degré de confidentialité qui en accompagne la délivrance. Pour maintenir ce caractère confidentiel, il est essentiel qu'on empêche autant que possible les organisations de malfaiteurs, comme celles qui s'adonnent au trafic de stupéfiants, de connaître l'identité des personnes qui aident la police.

Outre la protection de l'identité de la personne qui fournit la dénonciation sur laquelle on se fonde pour délivrer le mandat de perquisition, il n'est pas souhaitable, dans l'intérêt du public, que ceux qui se livrent à des activités criminelles puissent se procurer des renseignements qui révèlent la façon dont la police procède en matière de perquisition. Dans l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v.*

*Rossminster Ltd.*, [1980] 2 W.L.R. 1, the House of Lords considered the validity of a search warrant procured pursuant to an English statute, the *Taxes Management Act 1970*, 1970 (U.K.), c. 9. The warrant was obtained because of suspected tax frauds. When executed, the occupants of the premises were not told the offences alleged or the "reasonable ground" on which the judge issuing the warrant had acted. In his reasons for judgment, Lord Wilberforce said, at pp. 37-38:

But, on the plain words of the enactment, the officers are entitled if they can persuade the board and the judge, to enter and search *premises* regardless of whom they belong to: a warrant which confers this power is strictly and exactly within the parliamentary authority, and the occupier has no answer to it. I accept that some information as regards the person(s) who are alleged to have committed an offence and possibly as to the approximate dates of the offences must almost certainly have been laid before the board and the judge. But the occupier has no right to be told of this at this stage, nor has he the right to be informed of the "reasonable grounds" of which the judge was satisfied. Both courts agree as to this: all this information is clearly protected by the public interest immunity which covers investigations into possible criminal offences. With reference to the police, Lord Reid stated this in these words:

"The police are carrying on an unending war with criminals many of whom are today highly intelligent. So it is essential that there should be no disclosure of anything which might give any useful information to those who organise criminal activities. And it would generally be wrong to require disclosure in a civil case of anything which might be material in a pending prosecution: but after a verdict has been given or it has been decided to take no proceedings there is not the same need for secrecy." (*Conway v. Rimmer* [1968] A.C. 910, at pp. 953-954.)

The release to the public of the contents of informations and search warrants may also be harmful to a person whose premises are permitted to be searched and who may have no personal connection with the commission of the offence. The fact that his premises are the subject of a search warrant generates suspicion that he was in some way involved in the offence. Publication of

*Rossminster Ltd.*, [1980] 2 W.L.R. 1, la Chambre des lords examine la validité d'un mandat de perquisition délivré en exécution d'une loi anglaise intitulée *Taxes Management Act 1970*, 1970 (R.-U.), c. 9. Le mandat avait été délivré parce qu'on soupçonnait des fraudes fiscales. Au moment de l'exécution, on n'a pas indiqué aux occupants des lieux quelles étaient les infractions alléguées ou les «motifs raisonnables» sur lesquels le juge s'était fondé pour décerner le mandat. Dans ses motifs de jugement, lord Wilberforce dit, aux pp. 37 et 38:

[TRADUCTION] Mais, en vertu du texte même de la loi, les fonctionnaires ont le droit, s'ils peuvent persuader la commission et le juge, de pénétrer dans les lieux et de perquisitionner quel que soit le propriétaire: un mandat qui donne ce pouvoir relève strictement et précisément de la compétence du Parlement, et l'occupant des lieux ne peut s'y opposer. Je conviens qu'il a tout probablement fallu fournir à la commission et au juge des renseignements sur la ou les personnes qui, selon les allégations, auraient commis une infraction et aussi, probablement, les dates approximatives des infractions. Mais l'occupant des lieux n'a pas le droit d'en être informé à ce stade, pas plus qu'il n'a le droit d'être informé des «motifs raisonnables» dont le juge a été convaincu. L'une et l'autre cour ont été du même avis à ce sujet: tous ces renseignements tombent manifestement sous l'immunité d'intérêt public qui s'applique à la recherche d'actes criminels qui auraient pu être commis. Parlant des policiers, lord Reid a dit:

«Les policiers mènent une guerre incessante aux criminels, dont beaucoup sont aujourd'hui très intelligents. Il est donc essentiel que rien ne soit révélé qui pourrait fournir des renseignements utiles à ceux qui organisent des activités criminelles. Et il serait inopportun, dans la plupart des cas, d'exiger la divulgation, dans une affaire civile, de quelque chose qui porte à conséquence dans une poursuite en instance; cependant après le prononcé du verdict ou la décision de ne pas poursuivre, la nécessité de garder le secret n'est plus la même.» (*Conway v. Rimmer* [1968] A.C. 910, aux pp. 953 et 954.)

La divulgation au public de la teneur des dénonciations et des mandats de perquisition peut aussi nuire à celui dont les locaux sont visés par l'autorisation de perquisitionner et qui n'a peut-être aucun lien avec la perpétration de l'infraction. Comme son local fait l'objet d'un mandat de perquisition, on pourrait le soupçonner d'être mêlé à l'infraction. La publication du fait que son local a été

the fact that such a warrant had been issued in respect of his premises would be highly prejudicial to him.

For these reasons, I am not satisfied that there is any valid reason for departing from the rule as stated in *Halsbury (supra)* so as to afford to the general public the right to inspect documents forming part of the search warrant procedure under s. 443.

In summary, my conclusion is that proceedings before a justice under s. 443 being part and parcel of criminal investigative procedure are not analogous to trial proceedings, which are generally required to be conducted in open court. The opening to public inspection of the documents before the justice is not equivalent to the right of the public to attend and witness proceedings in court. Access to these documents should be restricted, in accordance with the practice established in England, to persons who can show an interest in the documents which is direct and tangible. Clearly the respondent had no such interest.

I would allow the appeal and set aside the judgments of the Court of Appeal and of Richard J. In accordance with the submission of the appellants, there should be no order as to costs.

*Appeal dismissed, MARTLAND, RITCHIE, BEETZ and ESTEY JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Reinhold M. Endres and Mollie Gallagher, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Robert Murrant and Gordon Proudfoot, Dartmouth.*

l'objet d'un tel mandat pourrait lui être très préjudiciable.

<sup>a</sup> Pour ces motifs, je ne suis pas convaincu qu'il y a lieu de déroger à la règle énoncée dans *Halsbury* (précité) et d'accorder au grand public le droit de consulter les documents qui font partie intégrante de la procédure du mandat de perquisition énoncée à l'art. 443.

En résumé, je conclus que les procédures qui ont lieu devant un juge de paix en application de l'art. 443, et qui font partie de la procédure d'enquête criminelle, ne sont pas assimilables aux procédures du procès qui doivent généralement se dérouler en audience publique. Autoriser le public à consulter les documents que détient le juge de paix n'équivaut pas au droit du public d'assister à l'audience et de suivre les procédures. Il y a lieu de restreindre l'accès à ces documents, selon l'usage établi en Angleterre, aux personnes qui peuvent démontrer qu'elles sont concernées de façon directe et réelle. L'intimé n'a manifestement pas cet intérêt.

<sup>e</sup> Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement du juge Richard. Conformément à ce qu'ont fait valoir les appelants, il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

<sup>f</sup> *Pourvoi rejeté, les juges MARTLAND, RITCHIE, BEETZ et ESTEY sont dissidents.*

*Procureurs des appelants: Reinhold M. Endres et Mollie Gallagher, Halifax.*

<sup>g</sup> *Procureurs de l'intimé: Robert Murrant et Gordon Proudfoot, Dartmouth.*

**The Ontario Human Rights Commission and Bruce Dunlop and Harold E. Hall and Vincent Gray** (*Respondents*) *Appellants*;

and

**The Borough of Etobicoke** (*Appellant*) *Respondent*.

File No.: 16269.

1981: May 13; 1982: February 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Civil rights — Alleged discrimination on basis of age — Firemen dismissed at age 60 pursuant to collective agreement — Whether or not mandatory retirement a bona fide occupational qualification — The Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318, ss. 4(1),(6), 14a, 14d, as amended.*

This appeal concerned the construction of s. 4(6) of *The Ontario Human Rights Code*. Appellants Hall and Gray, firemen employed by Etobicoke, each filed a complaint under the Code because of their forced retirement at age sixty pursuant to a clause in a collective agreement. A one-man board of inquiry (Dunlop) found appellants' forced retirement to be a refusal to employ contrary to s. 4(1)(b) of the Code, and ordered their reinstatement with compensation subject to their possessing the physical and mental capacities required to perform their jobs. The Divisional Court's judgment allowing an appeal from the board of inquiry was upheld at the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

The employer has not shown that compulsory retirement is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the employment concerned. A *bona fide* occupational qualification must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that it is imposed in the interests of adequate performance of the work involved with reasonable dispatch, safety and economy and not for ulterior or extraneous reasons that could defeat the Code's purpose. The qualification must be objectively related to the employment concerned, ensuring its efficient and economical performance without endangering the employee or others. Evidence as to the duties to be performed and the relationship between

**La Commission ontarienne des droits de la personne, Bruce Dunlop, Harold E. Hall et Vincent Gray** (*Intimés*) *Appellants*;

<sup>a</sup> et

**La municipalité d'Etobicoke** (*Appelante*) *Intimée*.

N° du greffe: 16269.

<sup>b</sup> 1981: 13 mai; 1982: 9 février.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Libertés publiques — Prétendue mesure discriminatoire fondée sur l'âge — Pompiers congédiés à l'âge de 60 ans conformément à la convention collective — La retraite obligatoire est-elle une exigence professionnelle réelle? — The Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, chap. 318, art. 4(1),(6), 14a, 14d, et modifications.*

<sup>e</sup> Le présent pourvoi porte sur l'interprétation du par. 4(6) de *The Ontario Human Rights Code*. Les appelants Hall et Gray, des pompiers au service de la municipalité d'Etobicoke, ont tous deux porté plainte en vertu du Code en raison de leur mise à la retraite obligatoire à l'âge de soixante ans conformément à une clause d'une convention collective. Le commissaire enquêteur (Dunlop) a conclu que la mise à la retraite obligatoire des appelants équivalait à un refus de les employer contrairement à l'al. 4(1)(b) du Code, et il a ordonné leur réintégration avec indemnité à la condition qu'ils possèdent les aptitudes physiques et mentales nécessaires à l'exécution de leurs tâches. La Cour d'appel a maintenu l'arrêt de la Cour divisionnaire qui a accueilli l'appel de la décision du commissaire enquêteur.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

<sup>h</sup> L'employeur n'a pas prouvé que la retraite obligatoire est une exigence professionnelle réelle de l'emploi en question. Une exigence professionnelle réelle doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère qu'elle est imposée en vue d'assurer la bonne <sup>i</sup> exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique et non pour des motifs inavoués ou étrangers susceptibles d'aller à l'encontre du Code. La restriction doit se rapporter objectivement à l'emploi en question et en assurer l'exécution <sup>j</sup> efficace et économique sans mettre en danger l'employé ou d'autres personnes. Il est nécessaire de présenter des éléments de preuve relativement aux tâches à accomplir

the aging process and the safe, efficient performance of those duties is imperative, with statistical and medical evidence being of more weight than the impressions of persons experienced in the field.

As the Code was enacted for the general benefit of the community and its members, its provisions cannot be waived or varied by a collective agreement.

*Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 21 O.R. 607 (Ont. C.A.), affirming 17 O.R. (2d) 712, considered; *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (1974); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. 1; *Equitable Life Assurance Society of the United States v. Reed*, [1914] A.C. 587; *Re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] S.C.R. 1; *Fender v. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402; *R. v. Roma*, [1942] 3 W.W.R. 525; *Outen v. Stewart and Grant and City of Winnipeg*, [1932] 3 W.W.R. 193; *Dunn v. Malone* (1903), 6 O.L.R. 484, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court allowing an appeal from an order made by a board of inquiry appointed pursuant to *The Ontario Human Rights Code*. Appeal allowed.

*J. Polika, Q.C.*, for the appellants.

*Douglas K. Gray* and *R. Ross Dunsmore*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns the construction of *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, s. 4(6), as amended, in a case where it is alleged that a mandatory retirement at age sixty, provided for in a collective agreement, contravenes the provisions of the Code by discriminating against certain employees on the basis of age.

The individual appellants Hall and Gray were employed by the respondent municipality as firefighters. The terms of their employment were contained in a collective agreement which provided that the firefighters would be compulsorily retired at age sixty. Hall and Gray attained that age and

et au rapport entre le vieillissement et l'exécution sûre et efficace de ces tâches, une preuve de nature statistique et médicale étant plus convaincante que les impressions de personnes expérimentées en la matière.

<sup>a</sup> Puisque le Code a été adopté dans l'intérêt général de la collectivité et de ses membres, on ne peut, par convention collective, renoncer à ses dispositions ni les modifier.

<sup>b</sup> Jurisprudence: arrêt examiné: *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 21 O.R. 607 (C.A. Ont.) confirmant 17 O.R. (2d) 712; arrêts mentionnés: *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F. 2d 859 (1974); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. 1; *Equitable Life Assurance Society of the United States v. Reed*, [1914] A.C. 587; *Re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] R.C.S. 1; *Fender v. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402; *R. v. Roma*, [1942] 3 W.W.R. 525; *Outen v. Stewart and Grant and City of Winnipeg*, [1932] 3 W.W.R. 193; *Dunn v. Malone* (1903), 6 O.L.R. 484.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'une décision de la Cour divisionnaire qui a accueilli l'appel d'une ordonnance d'un commissaire enquêteur nommé conformément à *The Ontario Human Rights Code*. Pourvoi accueilli.

*J. Polika, c.r.*, pour les appelants.

<sup>f</sup> *Douglas K. Gray* et *R. Ross Dunsmore*, pour l'intimée.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>h</sup> LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi porte sur l'interprétation de *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, chap. 318, par. 4(6), et modifications, dans le cas où on allègue que la retraite obligatoire à soixante ans, prévue dans une convention collective, va à l'encontre des dispositions du Code pour le motif qu'elle constitue pour certains employés une mesure discriminatoire fondée sur l'âge.

<sup>i</sup> Les appelants Hall et Gray étaient des pompiers au service de la municipalité intimée. Leurs conditions de travail étaient énoncées dans une convention collective qui fixait à soixante ans l'âge de la retraite obligatoire des pompiers. Dès qu'ils eurent atteint cet âge, Hall et Gray furent licenciés. Ils



their employment was terminated. Each filed a complaint under *The Ontario Human Rights Code*. The Minister of Labour, pursuant to the provisions of s. 14a of the Code, appointed one Bruce Dunlop as a board of inquiry. He decided after a hearing that the compulsory retirement of the appellants amounted to a refusal to employ, or to continue to employ them, contrary to s. 4(1)(b) of the Code. He rejected the employer's defence that the compulsory retirement at age sixty constituted a *bona fide* occupational qualification and requirement for the position or employment within s. 4(6) of the Code. He ordered the reinstatement of the appellants provided that they continued to possess the requisite physical and mental capacities to carry out their jobs. He ordered, as well, compensation for loss of earnings from the date of retirement to the date of reinstatement.

An appeal was taken by the respondent to the Divisional Court (O'Leary, Osborne JJ., Cory J. dissenting). O'Leary J., for the majority, in allowing the appeal adopted the test for a *bona fide* occupational qualification and requirement which had been propounded by Professor R. S. McKay, acting as a board of inquiry in another case concerning the firefighters of the City of North Bay. That case raised the same issue which presents itself here. On the appeals in the *North Bay* case the McKay test was adopted in the Divisional Court and the Court of Appeal (see: *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712 in the Divisional Court and 21 O.R. (2d) 607 in the Court of Appeal). The McKay test provides that to be a *bona fide* qualification and requirement the limitation complained of must be imposed honestly, that is in good faith, and not based on any extraneous or ulterior motive, and it must bear a reasonable relationship to the circumstances of the employment. He said: "In other words, although it is essential that a limitation be enacted or imposed honestly or with sincere intentions it must in addition be supported in fact and reason 'based on the practical reality of the work a day world and of life'."

ont tous deux porté plainte en vertu de *The Ontario Human Rights Code*. Conformément aux dispositions de l'art. 14a du Code, le ministre du Travail a nommé Bruce Dunlop commissaire enquêteur. Le commissaire a conclu, à l'issue d'une audience, que la mise à la retraite obligatoire des appelants équivalait à un refus de les employer ou de continuer à les employer, contrairement aux dispositions de l'al. 4(1)b du Code. Il a rejeté le moyen de défense de l'employeur selon lequel la retraite obligatoire à soixante ans constitue une exigence professionnelle réelle (*bona fide*) du poste ou de l'emploi, au sens du par. 4(6) du Code. Il a ordonné la réintégration des appelants pourvu qu'ils conservent les aptitudes physiques et mentales nécessaires à l'exécution de leurs tâches. Il a en outre ordonné le versement d'une indemnité pour la perte de revenu subie entre la date de la mise à la retraite et celle de leur réintégration.

L'intimée a formé un appel auprès de la Cour divisionnaire (les juges O'Leary et Osborne, le juge Cory étant dissident). Le juge O'Leary, qui a accueilli l'appel au nom de la majorité de la Cour, a adopté le critère de l'exigence professionnelle réelle proposé par le professeur R. S. McKay, en sa qualité de commissaire enquêteur dans une autre affaire concernant les pompiers de la ville de North Bay. Cette affaire soulevait une question identique à celle dont nous sommes saisis en l'espèce. Dans les appels relatifs à l'affaire *North Bay*, la Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont retenu le critère McKay (voir: *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712 en Cour divisionnaire et 21 O.R. (2d) 607 en Cour d'appel). Le critère McKay prévoit que pour constituer une exigence réelle, la restriction dont on se plaint doit être imposée honnêtement, c'est-à-dire de bonne foi, ne pas se fonder sur un motif étranger ou inavoué et avoir un lien raisonnable avec les conditions de travail. Voici ce qu'il a dit: [TRADUCTION] «En d'autres termes, même s'il est indispensable qu'une restriction soit adoptée ou imposée honnêtement ou sincèrement, elle doit en outre reposer, en fait et logiquement, «sur la réalité pratique du milieu de travail et du quotidien.»»

Professor Dunlop, in the case at bar, propounded his test in these words:

The meaning of "bona fide" that seems most consistent with this objective would be "real" or "genuine" i.e. that there is a sound reason for imposing an age limitation and the onus of establishing this justification for discrimination is on the person alleging it to be justified.

In a further hearing, called to deal with compensation to be paid, the employer argued that Professor Dunlop had applied an incorrect test, asserting that he should have applied the test developed in the *North Bay* case by Professor McKay. In his supplementary reasons, dated December 7, 1978, Professor Dunlop expressed the opinion that the test he had formulated, and that of Professor McKay, were in essence the same, aimed at the same result and endeavouring to deal with the same problems. He declined to alter his earlier disposition in favour of the complainants. A further appeal to the Court of Appeal was dismissed when the court simply adopted the majority reasons of O'Leary J. in the Divisional Court. The appellants appealed to this Court by leave, granted November 3, 1980.

*The Ontario Human Rights Code* commences with a preamble, which declares the purpose of the enactment and declares public policy in Ontario, in the following words:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world and is in accord with the Universal Declaration of Human Rights as proclaimed by the United Nations;

AND WHEREAS it is public policy in Ontario that every person is free and equal in dignity and rights without regard to race, creed, colour, sex, marital status, nationality, ancestry or place of origin;

AND WHEREAS these principles have been confirmed in Ontario by a number of enactments of the Legislature;

AND WHEREAS it is desirable to enact a measure to codify and extend such enactments and to simplify their administration;

En l'espèce, le professeur Dunlop a énoncé son critère en ces termes:

[TRADUCTION] Le sens de l'expression «bona fide» [utilisée dans le texte anglais] qui semble le plus compatible avec cet objectif serait celui de «réel» ou «véritable», c'est-à-dire qu'il y a un motif valable pour imposer une limite d'âge, et l'obligation de justifier la mesure discriminatoire incombe à celui qui la prétend justifiée.

Au cours d'une autre audience, convoquée pour traiter de l'indemnité à verser, l'employeur a fait valoir que le professeur Dunlop avait appliqué un critère erroné et qu'il aurait dû appliquer le critère énoncé par le professeur McKay dans l'affaire *North Bay*. Dans des motifs supplémentaires, en date du 7 décembre 1978, le professeur Dunlop a exprimé l'avis que le critère qu'il avait formulé et celui du professeur McKay sont essentiellement identiques, qu'ils visent au même résultat et à régler les mêmes problèmes. Il a refusé de modifier sa décision antérieure en faveur des plaignants. La Cour d'appel, alors saisie, a rejeté l'appel et tout simplement adopté les motifs énoncés, au nom de la majorité, par le juge O'Leary en Cour divisionnaire. Les appelants se sont pourvus devant cette Cour après en avoir reçu l'autorisation le 3 novembre 1980.

Le préambule de *The Ontario Human Rights Code*, qui énonce l'objet de la Loi et la politique générale de l'Ontario, se lit comme suit:

[TRADUCTION] CONSIDÉRANT que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde et que cette reconnaissance est conforme à la Déclaration universelle des droits de l'homme proclamée par les Nations Unies;

CONSIDÉRANT que l'Ontario a pour principe que toutes les personnes sont libres et égales en dignité et en droits, quels que soient leur race, leurs croyances, leur couleur, leur sexe, leur état civil, leur nationalité, leur ascendance ou leur lieu d'origine;

CONSIDÉRANT que ces principes sont confirmés en Ontario par un certain nombre de lois adoptées par l'Assemblée législative;

ET CONSIDÉRANT qu'il est souhaitable d'adopter une mesure tendant à codifier ces lois, à étendre leur portée et à simplifier leur administration;

Part I prohibits discrimination in general terms and the publication of signs or notices indicating an intention to discriminate for any purpose because of race, creed, colour, sex, marital status, nationality, ancestry or place of origin. Section 2 forbids discrimination on those bases in respect of admission to and use of public facilities, while s. 3 prohibits similar discrimination in respect of rental of commercial or housing accommodation. Section 4, which is the section in issue in the case at bar, prohibits discrimination in connection with employment. Subsection (1) is expressed in these terms:

4.—(1) No person shall,

- (a) refuse to refer or to recruit any person for employment;
- (b) dismiss or refuse to employ or to continue to employ any person;
- (c) refuse to train, promote or transfer an employee;
- (d) subject an employee to probation or apprenticeship or enlarge a period of probation or apprenticeship;
- (e) establish or maintain any employment classification or category that by its description or operation excludes any person from employment or continued employment;
- (f) maintain separate lines of progression for advancement in employment or separate seniority lists where the maintenance will adversely affect any employee; or
- (g) discriminate against any employee with regard to any term or condition of employment,

because of race, creed, colour, age, sex, marital status, nationality, ancestry or place of origin of such person or employee.

An exception to the application of the above provisions is provided in subs. (6), which is reproduced hereunder:

(6) The provisions of this section relating to any discrimination, limitation, specification or preference for a position or employment based on age, sex or marital status do not apply where age, sex or marital status is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the position or employment.

La Partie I interdit la discrimination en termes généraux et la publication, à quelque fin que ce soit, d'enseignes ou d'avis indiquant une intention discriminatoire fondée sur la race, la croyance, la couleur, le sexe, l'état civil, la nationalité, l'ascendance ou le lieu d'origine. L'article 2 interdit la discrimination fondée sur ces motifs, quant à l'accès aux installations publiques et à leur utilisation alors que l'art. 3 interdit toute discrimination semblable à l'égard de la location de locaux commerciaux ou de logements. L'article 4, sur lequel porte le litige en l'espèce, interdit la discrimination en matière d'emploi. Le paragraphe (1) se lit comme suit:

[TRADUCTION] 4.—(1) Nul ne doit,

- a) refuser de proposer ou de recruter une personne en vue d'un emploi;
- b) congédier ni refuser d'employer ou de continuer à employer une personne;
- c) refuser de former, de muter un employé ou de lui accorder une promotion;
- d) soumettre un employé à un stage ou à un apprentissage ni proroger une période de stage ou d'apprentissage;
- e) établir ou maintenir une classification ou une catégorie d'emplois dont la définition ou l'application empêche l'embauche d'une personne ou le maintien d'une personne dans un emploi;
- f) maintenir des lignes de progression distinctes aux fins de promotion ou des listes d'ancienneté distinctes qui ont pour effet de nuire à un employé; ni
- g) assujettir un employé à une distinction injuste quant à une condition de travail,

en raison de la race, des croyances, de la couleur, de l'âge, du sexe, de l'état civil, de la nationalité, de l'ascendance ou du lieu d'origine de la personne ou de l'employé.

Une exception à l'application des dispositions précitées est prévue au par. (6) qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] (6) Les dispositions du présent article relatives à un acte discriminatoire, à une restriction, à une condition ou à une préférence pour un poste ou un emploi fondés sur l'âge, le sexe ou l'état civil ne s'appliquent pas lorsque l'âge, le sexe ou l'état civil constituent une exigence professionnelle réelle du poste ou de l'emploi.

Part II continues the Ontario Human Rights Commission and outlines its duties. Part III provides for the resolution of complaints. Section 14 and the subsequent sections in Part III set out the procedure to be followed in dealing with complaints. In s. 14*d* a right of appeal to the courts is given. The scope of the judicial appeal created by s. 14*d* is broad and is expressed in these terms:

**14*d*.**—(1) Any party to a hearing before a board may appeal from the decision or order of the board to the Supreme Court in accordance with the rules of court.

(2) Where notice of an appeal is served under this section, the board shall forthwith file in the Supreme Court the record of the proceedings before it in which the decision or order appealed from was made, which, together with a transcript of the oral evidence taken before the board if it is not part of the record of the board, shall constitute the record in the appeal.

(3) The Minister is entitled to be heard, by counsel or otherwise, upon the argument of an appeal under this section.

(4) An appeal under this section may be made on questions of law or fact or both and the court may affirm or reverse the decision or order of the board or direct the board to make any decision or order that the board is authorized to make under this Act and the court may substitute its opinion for that of the board.

Part IV provides for prosecution for breaches of the Act and Part V provides for definitions, that of the word 'age' appearing in these terms: " 'age' means any age of forty years or more and less than sixty-five years".

The case at bar involves complaints of discrimination in respect of employment on account of age. It was common ground that the compulsory retirement at age sixty constituted a refusal to employ or continue to employ the complainants. While discrimination on the basis of age is in terms forbidden in s. 4 of the Code, in accordance with subs. (6) an employer may discriminate on that basis where age is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the position or employ-

La Partie II maintient l'existence de la Commission ontarienne des droits de la personne et énonce ses fonctions. La Partie III porte sur le règlement des plaintes. L'article 14 et les articles suivants de la Partie III énoncent la procédure à suivre en matière de traitement des plaintes. L'article 14*d* prévoit un droit d'appel aux tribunaux judiciaires. Le droit d'appel prévu à l'art. 14*d* est de portée générale et il est énoncé comme suit:

[TRADUCTION] **14*d*.**—(1) Toute partie à une audience devant une commission d'enquête peut en appeler de la décision ou de l'ordonnance de cette commission auprès de la Cour suprême, conformément aux règles de pratique de cette cour.

(2) Lorsqu'un avis d'appel est signifié en vertu du présent article, la commission d'enquête dépose sans délai devant la Cour suprême le dossier des procédures qui se sont déroulées devant elle et au cours desquelles a été rendue la décision ou l'ordonnance qui fait l'objet de l'appel. Ce dossier, ainsi que la transcription des témoignages entendus devant la commission si elle ne fait pas partie de son dossier, constituent le dossier d'appel.

(3) Le Ministre a le droit de se faire entendre, par procureur ou autrement, à l'audition d'un appel formé en vertu du présent article.

(4) Il peut être interjeté appel en vertu du présent article sur des questions de droit ou de fait, ou des questions mixtes de droit et de fait, et la cour peut confirmer ou infirmer la décision ou l'ordonnance de la commission ou lui ordonner de rendre une décision ou ordonnance qu'elle est habilitée à rendre en vertu de la présente loi et la cour peut substituer son opinion à celle de la commission.

La Partie IV concerne les poursuites relatives aux infractions à la Loi et la Partie V définit certains termes dont l'«âge»: [TRADUCTION] « «âge» s'entend de quarante ans ou plus et moins de soixante-cinq ans».

La présente instance porte sur des plaintes de discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge. Il est reconnu que la retraite obligatoire à soixante ans constitue un refus d'employer ou de continuer à employer les plaignants. Même si l'art. 4 du Code interdit formellement la discrimination fondée sur l'âge, un employeur peut, en vertu du par. (6), établir une distinction pour ce motif lorsque l'âge est une exigence professionnelle réelle du poste ou de l'emploi en question. Lorsque l'exi-

ment involved. Where such *bona fide* occupational qualification and requirement is shown the employer is entitled to retire employees regardless of their individual capacities, provided only that they have attained the stated age. It will be seen at once that under the Code non-discrimination is the rule of general application and discrimination, where permitted, is the exception.

Once a complainant has established before a board of inquiry a *prima facie* case of discrimination, in this case proof of a mandatory retirement at age sixty as a condition of employment, he is entitled to relief in the absence of justification by the employer. The only justification which can avail the employer in the case at bar, is the proof, the burden of which lies upon him, that such compulsory retirement is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the employment concerned. The proof, in my view, must be made according to the ordinary civil standard of proof, that is upon a balance of probabilities.

Two questions must be considered by the Court. Firstly, what is a *bona fide* occupational qualification and requirement within s. 4(6) of the Code and, secondly, was it shown by the employer that the mandatory retirement provisions complained of could so qualify? In my opinion, there is no significant difference in the approaches taken by Professors Dunlop and McKay in this matter and I do not find any serious objection to their characterization of the subjective element of the test to be applied in answering the first question. To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

gence professionnelle réelle est établie, l'employeur a le droit de mettre les employés à la retraite indépendamment de leurs aptitudes personnelles, à la seule condition qu'ils aient atteint l'âge prescrit.

<sup>a</sup> On constate donc immédiatement qu'aux termes du Code, la non-discrimination est la règle générale et la discrimination, lorsqu'elle est permise, est l'exception.

<sup>b</sup> Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, en l'espèce que la retraite obligatoire à soixante ans est une condition de travail, il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur. La seule justification que peut invoquer l'employeur en l'espèce est la preuve, dont le fardeau lui incombe, que la retraite obligatoire est une exigence professionnelle réelle de l'emploi en question. La preuve, à mon avis, doit être faite conformément à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités.

<sup>c</sup> La Cour doit examiner deux questions. En premier lieu, qu'est-ce qu'une exigence professionnelle réelle au sens du par. 4(6) du Code et, en second lieu, l'employeur a-t-il démontré que les dispositions relatives à la retraite obligatoire qui font l'objet de la plainte peuvent être ainsi qualifiées? A mon avis, les positions adoptées respectivement par les professeurs Dunlop et McKay en la matière ne diffèrent pas sensiblement et je ne vois aucune objection sérieuse à leur description de l'élément subjectif du critère qui doit être appliqué pour répondre à la première question. Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

The answer to the second question will depend in this, as in all cases, upon a consideration of the evidence and of the nature of the employment concerned. As far as the subjective element of the matter is concerned, there was no evidence to indicate that the motives of the employer were other than honest and in good faith in the sense described. It will be the objective aspect of the test which will concern us. We all age chronologically at the same rate, but aging in what has been termed the functional sense proceeds at widely varying rates and is largely unpredictable. In cases where concern for the employee's capacity is largely economic, that is where the employer's concern is one of productivity, and the circumstances of employment require no special skills that may diminish significantly with aging, or involve any unusual dangers to employees or the public that may be compounded by aging, it may be difficult, if not impossible, to demonstrate that a mandatory retirement at a fixed age, without regard to individual capacity, may be validly imposed under the Code. In such employment, as capacity fails, and as such failure becomes evident, individuals may be discharged or retired for cause.

Faced with the uncertainty of the aging process an employer has, it seems to me, two alternatives. He may establish a retirement age at sixty-five or over, in which case he would escape the charge of discrimination on the basis of age under the Code. On the other hand, he may, in certain types of employment, particularly in those affecting public safety such as that of airline pilots, train and bus drivers, police and firemen, consider that the risk of unpredictable individual human failure involved in continuing all employees to age sixty-five may be such that an arbitrary retirement age may be justified for application to all employees. In the case at bar it may be said that the employment falls into that category. While it is no doubt true that some below the age of sixty may become unfit for firefighting and many above that age may remain fit, recognition of this proposition affords no assistance in resolving the second question. In an occupation where, as in the case at bar, the employer seeks to justify the retirement in the interests of public safety, to decide whether a *bona*

La réponse à la seconde question dépend en l'espèce, comme dans tous les cas, de l'examen de la preuve et de la nature de l'emploi concerné. Quant à l'élément subjectif de la question, aucune preuve ne démontre que les motifs de l'employeur n'étaient pas honnêtes et sincères au sens qui a été décrit. Nous nous intéresserons donc à l'aspect objectif du critère. Chronologiquement, nous vieillissons tous au même rythme, mais le vieillissement, au sens fonctionnel du terme, se fait à des rythmes très différents et il est difficilement prévisible. Lorsque le souci de la capacité de l'employé est surtout d'ordre économique, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'intéresse à la productivité, et que les conditions de travail ne requièrent aucune qualification particulière susceptible de diminuer sensiblement avec l'âge, ou ne comportent pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel qui peut augmenter avec l'âge, il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code. Dans un emploi de ce genre, à mesure que la capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite.

Devant l'incertitude du vieillissement, deux solutions, à mon avis, s'offrent à l'employeur. Il peut fixer l'âge de la retraite à soixante-cinq ans ou plus, et le cas échéant, il ne peut être accusé de discrimination fondée sur l'âge aux termes du Code. D'autre part, il peut, en ce qui concerne certains types d'emplois, en particulier ceux qui ont trait à la sécurité publique comme c'est le cas des pilotes de ligne aérienne, des conducteurs de trains et d'autobus, des policiers et des pompiers, estimer que le risque d'erreur humaine imprévisible que comporte le maintien de tous les employés à leur poste jusqu'à soixante-cinq ans peut justifier l'application à tous les employés d'un âge de retraite fixé arbitrairement. On peut affirmer que l'emploi dont il est question en l'espèce entre dans cette catégorie. Même s'il ne fait aucun doute que certaines personnes âgées de moins de soixante ans peuvent devenir inaptes au travail de pompier et que maintes personnes plus âgées sont encore aptes à la tâche, la reconnaissance de cette prémisse n'aide aucunement à résoudre la seconde

*fide* occupational qualification and requirement has been shown the board of inquiry and the court must consider whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large.

The employer argued that firefighting was a dangerous occupation which required physical strength, stamina and alertness beyond most other occupations. It contended that there were such dangers and hazards that young and fit men were required, and that the adequate performance of all members of a firefighting unit was essential to preserve public safety and that of the employees themselves. The arbitrary retirement age was therefore justified as a reasonable measure to assure the maintenance of adequate fire protection in the municipality and, at the same time, to avoid the dangers which could result from keeping all members employed until age sixty-five.

In dealing with the evidence Professor Dunlop remarked that it was largely "impressionistic". He considered that something more was required to discharge the burden of proof and noted the insufficiency of general assertions and expressions of witnesses, some with long experience in firefighting, to the effect that firefighting was a "young man's game". He remarked upon the absence of any scientific evidence to support the employer's position and concluded against the employer, saying:

While these are sound reasons for allowing a firefighter to retire at the age of 60, they do not seem to me to be reasons for compelling it, absent some scientific or statistical data to prove that beyond the age of 60 firefighters become less effective and less safe.

question. Dans un métier où, comme en l'espèce, l'employeur cherche à justifier la retraite par la sécurité publique, le commissaire enquêteur et la cour doivent, pour décider si on a prouvé l'existence d'une exigence professionnelle réelle, se demander si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite obligatoire présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l'intérêt de l'employé, de ses compagnons de travail et du public en général.

L'employeur a fait valoir que le métier de pompier est un métier dangereux qui exige plus de force physique, de résistance et de vigilance que la plupart des autres métiers. Il a allégué que les risques et le danger présents exigent des hommes jeunes et en bonne forme physique, et qu'il est nécessaire d'obtenir un bon rendement de tous les membres d'une équipe de pompiers pour assurer la sécurité du public et celle des employés eux-mêmes. L'établissement arbitraire de l'âge de la retraite se justifie donc comme une mesure raisonnable qui permet d'assurer le maintien d'un bon service de protection contre les incendies dans la municipalité et, en même temps, d'éviter les dangers susceptibles de découler du maintien en fonction de tous les employés jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans.

Lorsqu'il a examiné la preuve, le professeur Dunlop a fait remarquer qu'elle était très [TRADUCTION] «impressionniste». Il a estimé qu'il faut une preuve plus étoffée pour s'acquitter du fardeau de la preuve et il a souligné l'insuffisance des affirmations et des déclarations générales des témoins, dont certains avaient beaucoup d'expérience dans la lutte contre les incendies, que le métier de pompier est [TRADUCTION] «une affaire de jeune homme». Il a fait remarquer l'absence de preuve scientifique à l'appui de la thèse de l'employeur et il a conclu de manière défavorable à l'employeur en disant:

[TRADUCTION] Même si ce sont là de bonnes raisons de permettre à un pompier de prendre sa retraite à 60 ans, elles ne me semblent pas justifier la mise à la retraite obligatoire en l'absence de données scientifiques ou statistiques qui prouvent que, passé l'âge de 60 ans, les pompiers deviennent moins efficaces et moins sûrs.

He also gave it as his opinion that the main or one of the main reasons the arbitrary retirement age had been established was to create uniformity throughout the municipalities in the Province of Ontario. There was evidence that some sixty per cent had established such a retirement policy and, as well, that the union representing the firefighters had pressed for the early retirement as a benefit for employees.

In the Divisional Court the evidence was canvassed and the majority of the court took a different view. It commented on the reference made by the board of inquiry to scientific evidence and seemed to be of the opinion that the decision turned on its absence. The majority then concluded that on all the evidence before the board the respondent had made out a justification showing that the compulsory retirement was a *bona fide* occupational qualification and requirement under s. 4(6).

The majority of the Divisional Court thus chose to review the evidence and substitute its views for those of the board of inquiry on the conclusions to be drawn. In this, as has been pointed out above, it was supported by the Court of Appeal. The majority of the Divisional Court apparently acted under the broad powers given the court upon an appeal from a decision or order of a board of inquiry in s. 14d(4) of the Code. The appellate court is specifically empowered to review the evidence and substitute its own findings for those of the board of inquiry and, while I acknowledge the importance of the general principle expressed by Hughes J. in the *North Bay* case, at p. 716, regarding interference with findings of fact made at first instance, it cannot be said, as was argued by the appellant before us, that it will always be error for an appellate court acting under the broad powers so conferred to negate findings made below. However, in the circumstances of this case, with the utmost deference to the views of the majority in the Divisional Court and to those of the Court of Appeal, I am of the view that the evidence adduced before the board of inquiry was inadequate to discharge the burden of proof lying

Il a également exprimé l'avis que la principale ou l'une des principales raisons de l'établissement arbitraire de l'âge de la retraite était de réaliser l'uniformité entre les municipalités de la province de l'Ontario. Il a été démontré qu'environ soixante pour cent de ces municipalités ont adopté une telle politique en matière de retraite et également, que le syndicat qui représente les pompiers avait réclamé la retraite anticipée en tant qu'avantage pour les employés.

La Cour divisionnaire a examiné la preuve minutieusement et, à la majorité, a adopté un point de vue différent. Elle a fait des observations concernant la mention, par le commissaire enquêteur, de la preuve scientifique et elle a semblé estimer que la décision reposait sur l'absence d'une preuve de cette nature. Elle a alors conclu à la majorité que, d'après l'ensemble de la preuve déposée devant le commissaire enquêteur, l'intimée avait établi une justification en prouvant que la retraite obligatoire était une exigence professionnelle réelle au sens du par. 4(6).

Ainsi, la Cour divisionnaire a choisi, à la majorité, d'examiner la preuve et de substituer sa propre opinion à celle du commissaire enquêteur quant aux conclusions à tirer. Comme je l'ai déjà souligné, la Cour d'appel a confirmé cette décision en ce sens. La Cour divisionnaire à la majorité semble avoir agi en vertu des pouvoirs généraux que lui confère le par. 14d(4) du Code en matière d'appel d'une décision ou ordonnance d'une commission d'enquête. Le tribunal d'appel est expressément habilité à examiner la preuve et à substituer ses propres conclusions à celles de la commission d'enquête et, bien que je reconnaisse l'importance du principe général énoncé par le juge Hughes dans l'arrêt *North Bay*, à la p. 716, concernant la modification des constatations de fait d'une cour de première instance, on ne peut dire, comme l'appellant l'a fait valoir ici, qu'une cour d'appel qui agit en vertu des pouvoirs généraux qui lui sont ainsi attribués, commet toujours une erreur si elle nie les conclusions de l'instance inférieure. Toutefois, compte tenu des circonstances de l'espèce et avec grands égards pour l'opinion exprimée à la majorité par la Cour divisionnaire et celle de la Cour d'appel, j'estime que



upon the employer. In my opinion, the appeal must succeed and the judgment of the board of inquiry be restored.

It would be unwise to attempt to lay down any fixed rule covering the nature and sufficiency of the evidence required to justify a mandatory retirement below the age of sixty-five under the provisions of s. 4(6) of the Code. In the final analysis the board of inquiry, subject always to the rights of appeal under s. 14*d* of the Code, must be the judge of such matters. In dealing with the question of a mandatory retirement age it would seem that evidence as to the duties to be performed and the relationship between the aging process and the safe, efficient performance of those duties would be imperative. Many factors would be involved and it would seem to be essential that the evidence should cover the detailed nature of the duties to be performed, the conditions existing in the work place, and the effect of such conditions upon employees, particularly upon those at or near the retirement age sought to be supported. The aging process is one which has involved the attention of the medical profession and it has been the subject of substantial and continuing research. Where a limitation upon continued employment must depend for its validity on proof of a danger to public safety by the continuation in employment of people over a certain age, it would appear to be necessary in order to discharge the burden of proof resting upon the employer to adduce evidence upon this subject.

I am by no means entirely certain what may be characterized as "scientific evidence". I am far from saying that in all cases some "scientific evidence" will be necessary. It seems to me, however, that in cases such as this, statistical and medical evidence based upon observation and research on the question of aging, if not in all cases absolutely necessary, will certainly be more persuasive than the testimony of persons, albeit with great experience in firefighting, to the effect that firefighting is "a young man's game". My review of the evidence leads me to agree with the board of inquiry. While the evidence given and the views expressed were, I am sure, honestly advanced, they were, in my view, properly described as "impressionistic"

la preuve soumise au commissaire enquêteur était insuffisante pour libérer l'employeur du fardeau de la preuve qui lui incombait. A mon avis, le pourvoi doit être accueilli et la décision du commissaire enquêteur doit être rétablie.

Il serait imprudent de tenter de formuler une règle fixe concernant la nature et le caractère suffisant de la preuve requise pour justifier la retraite obligatoire avant l'âge de soixante-cinq ans en vertu des dispositions du par. 4(6) du Code. En dernière analyse et toujours sous réserve du droit d'appel prévu à l'art. 14*d* du Code, le commissaire enquêteur doit être le juge en cette matière. A l'examen de la question d'un âge de retraite obligatoire, il semble nécessaire de présenter des éléments de preuve relativement aux tâches à accomplir et au rapport entre le vieillissement et l'exécution sûre et efficace de ces tâches. Un bon nombre de facteurs doivent être considérés et il semble essentiel que la preuve porte sur les aspects détaillés des tâches à accomplir, les conditions régnant sur les lieux de travail et l'effet de ces conditions sur les employés, en particulier sur ceux qui ont atteint ou qui atteindront bientôt l'âge qu'on veut prescrire pour la retraite. Le phénomène du vieillissement a retenu l'attention des médecins et a fait l'objet de recherches importantes et suivies. Lorsqu'une limitation de la période d'emploi doit, pour être valide, reposer sur la preuve que l'extension de cette période après un certain âge fait naître un danger pour la sécurité publique, il paraît nécessaire que l'employeur, pour s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe, produise une preuve à ce sujet.

Je ne suis pas du tout certain de ce qu'on peut qualifier de «preuve scientifique». Je ne dis absolument pas qu'une «preuve scientifique» sera nécessaire dans tous les cas. Il me semble cependant que, dans des cas comme celui en l'espèce, une preuve de nature statistique et médicale qui s'appuie sur l'observation et l'étude de la question du vieillissement, même si elle n'est pas absolument nécessaire dans tous les cas, sera certainement plus convaincante que le témoignage de personnes même très expérimentées dans la lutte contre les incendies, portant que le travail de pompier est «une affaire de jeune homme». L'examen que j'ai fait de la preuve m'amène à souscrire aux conclusions du commissaire enquêteur. Tout en étant

and were of insufficient weight. The question of sufficiency and the nature of evidence in such matters has been discussed in various cases, and of particular interest are: *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (1974); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. 1.

A further argument must be dealt with. The respondent in paragraph 38 of its factum, noting that the mandatory retirement had been agreed upon in the collective agreement with the union representing the appellants, submitted:

It is submitted that where the parties engage in the statutorily-required bargaining, and as a result thereof agree, in good faith, on a standard retirement age based, in part, on the particular rigours and demands of the job of fire-fighting, then the resulting qualification and requirement must be considered to be "bona fide" in the absence of evidence that the limitation was inserted for an ulterior purpose.

While this submission is that the condition, being in a collective agreement, should be considered a *bona fide* occupational qualification and requirement, in my opinion to give it effect would be to permit the parties to contract out of the provisions of *The Ontario Human Rights Code*.

Although the Code contains no explicit restriction on such contracting out, it is nevertheless a public statute and it constitutes public policy in Ontario as appears from a reading of the Statute itself and as declared in the preamble. It is clear from the authorities, both in Canada and in England, that parties are not competent to contract themselves out of the provisions of such enactments and that contracts having such effect are void, as contrary to public policy. In *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 36, p. 444, para. 673, the following appears:

**673. Waiver of statutory rights.** Individuals for whose benefit statutory duties have been imposed may by contract waive their right to the performance of those duties, unless to do so would be contrary to public policy or to the provisions or general policy of the statute imposing the particular duty or the duties are imposed in the public interest.

persuadé que la preuve et les opinions entendues ont été soumises honnêtement, c'est avec raison, à mon avis, qu'on a dit qu'elles étaient «impressionnistes» et qu'elles n'étaient pas concluantes. La question de la suffisance et de la nature de la preuve en la matière a été analysée dans divers arrêts, dont en particulier: *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (1974); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. 1.

Il reste un autre point à examiner. Lorsqu'elle fait remarquer que la retraite obligatoire a été acceptée dans la convention collective passée avec le syndicat qui représente les appelants, l'intimée fait valoir, au paragraphe 38 de son exposé, ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous prétendons que lorsque les parties entrent en négociation conformément aux exigences de la loi et qu'il en résulte une entente de bonne foi sur un âge de retraite normalisé qui se fonde en partie sur les rigueurs et les exigences particulières du travail de pompier, l'exigence qui en résulte doit alors être considérée comme «réelle» en l'absence de preuve que la restriction a été insérée dans un but inavoué.

Alors que cet argument porte que cette condition, stipulée dans une convention collective, doit être considérée comme une exigence professionnelle réelle, j'estime que ce serait permettre aux parties de renoncer par contrat aux dispositions de *The Ontario Human Rights Code* que de l'entériner.

Même s'il n'apporte aucune restriction formelle à une renonciation de ce genre, le Code est néanmoins une loi publique qui énonce une politique générale de l'Ontario, comme on le constate en lisant le texte législatif lui-même et son préambule. Il ressort clairement de la doctrine, tant canadienne qu'anglaise, que les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de telles lois et que les contrats à cet effet sont nuls parce que contraires à l'ordre public. Dans *Halsbury's Laws of England*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 36, p. 444, par. 673, on lit:

[TRADUCTION] **673. Renonciation aux droits prévus par la loi.** Les personnes en faveur desquelles la loi impose des obligations peuvent renoncer par contrat à leur droit à l'exécution de ces obligations, à moins que ce ne soit contraire à l'ordre public ou encore aux dispositions ou à l'économie générale de la loi qui impose cette obligation particulière, ou que les obligations ne soient imposées dans l'intérêt public.

And in the fourth edition of the same work the following is to be found in vol. 9, p. 289, para. 421:

**421. Contracting out.** As a general rule, any person can enter into a binding contract to waive the benefits conferred on him by an Act of Parliament, or, as it is said, can contract himself out of the Act, unless it can be shown that it would be contrary to public policy to allow such an agreement. Statutory conditions may, however, be imposed in such terms that they cannot be waived by agreement; and, in certain circumstances, it is expressly provided that any such agreement shall be void.

By way of example of an exception to the general rule, an agreement between an employer and employee whereby the latter agrees to waive a statutory duty imposed on the former in the interests of safety is generally not binding on the employee.

English authority expressing this principle is to be found in *Equitable Life Assurance Society of the United States v. Reed*, [1914] A.C. 587. The question of the enforcement of a contract contrary to public policy is generally dealt with by Duff C.J. in *Re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] S.C.R. 1, where reference is made to *Fender v. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402, and other authorities. Examples of the application of the principle are such cases as *R. v. Roma*, [1942] 3 W.W.R. 525; *Outen v. Stewart and Grant and City of Winnipeg*, [1932] 3 W.W.R. 193, and *Dunn v. Malone* (1903), 6 O.L.R. 484. *The Ontario Human Rights Code* has been enacted by the Legislature of the Province of Ontario for the benefit of the community at large and of its individual members and clearly falls within that category of enactment which may not be waived or varied by private contract; therefore this argument cannot receive effect.

For these reasons I would allow the appeal with costs and reinstate the order of the board of inquiry.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellants: H. Allan Leal, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Hinks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.*

Et dans la quatrième édition de cet ouvrage, on lit au vol. 9, p. 289, par. 421:

[TRADUCTION] **Renonciation.** En règle générale, une personne peut, dans un contrat valide, renoncer aux avantages que lui accorde une loi du Parlement ou, comme on dit, elle peut renoncer à l'application de la loi, à moins qu'il ne puisse être établi qu'il serait contraire à l'ordre public de permettre ce contrat. La loi peut toutefois imposer des conditions en des termes tels qu'on ne puisse y renoncer par contrat; et, dans certains cas, il est expressément prévu qu'un tel contrat sera nul.

A titre d'exemple d'exception à la règle générale, un contrat entre un employeur et un employé par lequel ce dernier accepte de renoncer à une obligation que la loi impose à l'employeur pour des motifs de sécurité ne lie généralement pas l'employé.

La jurisprudence anglaise énonce ce principe dans l'arrêt *Equitable Life Assurance Society of the United States v. Reed*, [1914] A.C. 587. Le juge en chef Duff traite de façon générale de la question de l'exécution d'un contrat contraire à l'ordre public dans l'arrêt *Re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] R.C.S. 1, qui renvoie notamment à l'arrêt *Fender v. Mildmay*, [1937] 3 All E.R. 402. On trouve des exemples de l'application du principe dans les arrêts *R. v. Roma*, [1942] 3 W.W.R. 525, *Outen v. Stewart and Grant and City of Winnipeg*, [1932] 3 W.W.R. 193 et *Dunn v. Malone* (1903), 6 O.L.R. 484. La législature de l'Ontario a adopté *The Ontario Human Rights Code* dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité et de chacun de ses membres, et il est évident que cette loi tombe dans la catégorie des lois auxquelles on ne peut renoncer ou qu'on ne peut modifier par contrat privé; par conséquent, cet argument ne peut être admis.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir l'ordonnance du commissaire enquêteur.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur des appelants: H. Allan Leal, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Hinks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.*

**Commission des droits de la personne***Appellant;*

and

**Attorney General of Canada and Claude Vermette** *Respondents;*

and

**Bertrand Roy, Robert Senay and Hélène Mailhot** *Mis en cause;*

and

**The Attorney General of Quebec** *Intervener.*

File No.: 15207.

1981: October 28; 1982: February 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Administrative law — Investigation by the Commission des droits de la personne — Crown privilege not to disclose documents — Objection by affidavit — Objection dismissed by Commission — Whether Commission a court within the meaning of s. 41(2) of the Federal Court Act — Whether affidavit meets requirements of s. 41(2) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 — Charter of human rights and freedoms, 1975 (Que.), c. 6, ss. 6, 7, 9, 10, 11, 12.*

*Constitutional law — Crown privilege not to disclose documents — Privilege pleaded in the interest of national security — Whether s. 41(2) of Federal Court Act void because of the Canadian Bill of Rights — Whether ultra vires Parliament or constitutionally inapplicable to a provincial tribunal — British North America Act, 1867, s. 92(14) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).*

The Commission, which investigated the dismissal of two employees following an unfavourable report by the R.C.M.P., challenged a decision of the Court of Appeal for Quebec authorizing a writ of evocation to issue against its decision ordering respondent Vermette, a member of the R.C.M.P., to appear and produce any document relating to the matter, despite the filing by the Solicitor General of Canada of an affidavit stating that

**Commission des droits de la personne***Appelante;*

et

<sup>a</sup> **Le procureur général du Canada et Claude Vermette** *Intimés;*

et

<sup>b</sup> **Bertrand Roy, Robert Senay et Hélène Mailhot** *Mis en cause;*

et

**Le procureur général du Québec** *Intervenant.*<sup>c</sup> N° du greffe: 15207.

1981: 28 octobre; 1982: 9 février.

<sup>d</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit administratif — Enquête de la Commission des droits de la personne — Privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents — Opposition par affidavit — Rejet de l'opposition par la Commission — La Commission est-elle un tribunal au sens de l'art. 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale? — L'affidavit satisfait-il aux exigences de l'art. 41(2)? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 — Charte des droits et libertés de la personne, 1975 (Qué.), chap. 6, art. 6, 7, 9, 10, 11, 12.*

*Droit constitutionnel — Privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents — Privilège invoqué dans l'intérêt de la sécurité nationale — L'article 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale est-il inopérant en raison de la Déclaration canadienne des droits? — Est-il ultra-vires du Parlement ou constitutionnellement inapplicable à un tribunal provincial? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(14) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art. 1b).*

<sup>i</sup> La Commission, qui enquête sur le congédiement de deux salariées à la suite d'un rapport défavorable de la G.R.C., attaque un arrêt de la Cour d'appel du Québec autorisant la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de sa décision qui ordonnait à l'intimé Vermette, membre de la G.R.C., de comparaître et de produire tout document relatif à l'affaire malgré le dépôt par le solliciteur général du Canada d'un affidavit affirmant

disclosure of the information contained in the R.C.M.P. files could be injurious to the national security.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Commission is a court within the meaning of s. 41(2) of the *Federal Court Act*. The word "court" in this section is applicable not only to the provincial courts, but to any official invested with the powers of a court for the production of documents. The affidavit itself meets the requirements set forth by s. 41(2).

Section 41(2) is concerned with a valid federal objective, namely the Crown privilege not to disclose documents the production or communication of which would be injurious to the areas listed in the subsection, including national security. The risk that the Executive will apply it with malice or arbitrarily does not justify an adverse ruling on constitutionality, because it is important not to confuse the statute adopted by Parliament with the action of the Executive performed in accordance with that statute. In the case at bar the applicability of s. 41(2) to a decision of the federal Executive to refuse production of documents cannot be questioned. Not even s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* is a bar, because s. 41(2) contains no unlawful distinction that is incompatible with the principles stated in that paragraph.

*Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada et al.*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Duncan v. Cammell Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Gagnon v. Commission des Valeurs Mobilières du Québec et al.*, [1965] S.C.R. 73; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1978] C.A. 67, affirming a judgment of the Superior Court, [1977] C.S. 47, allowing an application for a writ of evocation. Appeal dismissed.

*Gérald Tremblay and Madeleine Caron*, for the appellants.

*Gaspard Côté, Q.C.*, for the respondents.

*Jean K. Samson and Odette Laverdière*, for the interveners.

que la divulgation des renseignements contenus dans les dossiers de la G.R.C. pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>a</sup> La Commission est un tribunal au sens du par. 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le mot «tribunal» dans cet article est non seulement applicable aux cours provinciales mais à tout fonctionnaire investi des pouvoirs d'un tribunal pour la production de documents. Quant à l'affidavit, il remplit les conditions stipulées au par. 41(2).

<sup>b</sup> Le paragraphe 41(2) vise un objectif fédéral régulier, soit le privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents dont la production ou la communication serait préjudiciable aux domaines énumérés à ce paragraphe, dont la sécurité nationale. Le risque que l'Exécutif l'applique à mauvais escient ou de façon arbitraire ne justifie pas que l'on se prononce à l'encontre de sa constitutionnalité car il ne faut pas confondre la loi adoptée par le Parlement et l'acte de l'Exécutif en application de cette loi. En l'espèce, l'applicabilité du par. 41(2) à une décision de l'Exécutif fédéral de refuser la production de documents ne peut être mise en doute. Même l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* n'est pas un obstacle parce que le par. 41(2) ne comporte aucune distinction illégitime incompatible avec le principe énoncé à cet alinéa.

<sup>c</sup> Jurisprudence: *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada et autres*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Duncan v. Cammell Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Gagnon v. Commission des Valeurs Mobilières du Québec et al.*, [1965] R.C.S. 73; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889.

<sup>d</sup> POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1978] C.A. 67, confirmant un jugement de la Cour supérieure, [1977] C.S. 47, accueillant une requête pour l'obtention d'un bref d'évocation. Pourvoi rejeté.

<sup>e</sup> *Gérald Tremblay et Madeleine Caron*, pour l'appelante.

*Gaspard Côté, c.r.*, pour les intimés.

<sup>f</sup> *Jean K. Samson et Odette Laverdière*, pour l'intervenant.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This appeal raises the question of Crown privilege pleaded in the interest of national security, by means of an affidavit from the Solicitor General of Canada in which the latter objects to the production of certain files and the disclosure of their contents by respondent Claude Vermette, a member of the R.C.M.P.

By its decision of March 22, 1978, [1978] C.A. 67, the Court of Appeal for Quebec affirmed a judgment of the Superior Court dated March 22, 1977, [1977] C.S. 47, which allowed respondents' application and authorized a writ of evocation to be issued against appellant, the Commission des droits de la personne, and the three mis en cause in their capacity as employees of the Commission.

The facts are summarized as follows by Mayrand J.A., who gave the majority opinion of the Court of Appeal [at pp. 68-69]:

[TRANSLATION] Two girls, Sylvie Roche and Cathy Curtin, were hired for the Olympic Games held in Montreal in 1976. The first was a switchboard operator for the Comité organisateur des Jeux olympiques (COJO), and the second was a waitress for the Services alimentaires Berkely, a COJO concessionnaire. The two girls alleged that they had been dismissed from their jobs on discriminatory grounds contrary to the rights conferred on them by the *Charter of human rights and freedoms* (S.Q. 1975, c. 6, ss. 10-19).

At the request of the *Ligue des droits de l'homme* [human rights league], the Commission undertook an investigation of the matter and appointed the three mis en cause, who were members of its staff, to conduct the investigation. The latter revealed that Sylvie Roche and Cathy Curtin had been dismissed following an unfavourable report by the R.C.M.P. It should be noted that the Comité principal de sécurité publique [principal committee of public safety] of the Olympic Games had requested the R.C.M.P. to provide it with all available information on persons requesting employment with or already employed by COJO.

Proceeding with their investigation, the mis en cause called respondent Claude Vermette as a witness on November 22, 1976. They wished him to provide the reasons or the information which led the R.C.M.P. to

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi met en cause le privilège de la Couronne invoqué dans l'intérêt de la sécurité nationale, au moyen d'un affidavit du solliciteur général du Canada par lequel celui-ci s'oppose à la production de certains dossiers et à la divulgation de leur contenu par l'intimé Claude Vermette, membre de la Gendarmerie royale du Canada.

Par son arrêt du 22 mars 1978, [1978] C.A. 67, la Cour d'appel du Québec a confirmé un jugement de la Cour supérieure du 22 mars 1977, [1977] C.S. 47, qui accueillait la requête des intimés et autorisait l'émission d'un bref d'évocation contre l'appelante, la Commission des droits de la personne, et les trois mis en cause en leur qualité de préposés de la Commission.

Les faits sont résumés de la façon suivante par le juge Mayrand qui a exprimé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel [aux pp. 68 et 69]:

Deux jeunes filles, Sylvie Roche et Cathy Curtin avaient été engagées à l'occasion de la tenue des Jeux olympiques à Montréal en 1976. La première était téléphoniste à l'emploi du Comité organisateur des Jeux olympiques (COJO), tandis que la seconde était serveuse pour les Services alimentaires Berkely, concessionnaire du COJO. Ces deux jeunes filles se sont plaintes d'avoir été démisées de leur emploi pour des motifs discriminatoires contrairement aux droits qui leur sont reconnus par la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.Q. 1975, chap. 6, art. 10 à 19).

A la demande de la *Ligue des droits de l'homme*, la Commission a entrepris une enquête à ce sujet et celle-ci a chargé les trois mis en cause, membres de son personnel, de mener une enquête. Cette enquête a révélé que Sylvie Roche et Cathy Curtin ont été congédiées à la suite d'un rapport défavorable de la Gendarmerie royale du Canada (G.R.C.). Il faut dire que le Comité principal de Sécurité publique des Jeux olympiques avait chargé la G.R.C. de lui fournir tous les renseignements utiles au sujet des personnes postulant ou ayant déjà un emploi au COJO.

Poursuivant leur enquête, les mis en cause ont assigné comme témoin l'intimé Claude Vermette le 22 novembre 1976. Ils ont voulu savoir de lui les motifs ou les renseignements ayant amené la G.R.C. à faire un rap-

make an unfavourable report on Sylvie Roche and Cathy Curtin. Counsel for the federal Department of Justice objected to the witness Vermette being required to provide such information and to produce the files requested. The Solicitor General of Canada then entered in the record a sworn statement (Exhibit R-1, "affidavit") dated December 2, 1976, in which he stated that disclosure of the information contained in the R.C.M.P.'s files could adversely affect national security, and he was therefore opposed to the files on Sylvie Roche and Cathy Curtin being produced before the Commission, and their contents being disclosed by a member of the R.C.M.P.

The mis en cause rendered their decision on February 9, 1977 (Exhibit R-2): they held that the exhibits filed and the arguments put forward as the basis of the objection to testimony by members of the R.C.M.P. were dismissed. This decision was based on the conclusion that s. 41(2) of the *Federal Court Act* (R.S.C. 1970, 2nd Supp., c. 10) was not applicable in the circumstances for the following two reasons: the Commission is not a tribunal but an administrative agency and this section, if its effect is to prevent the Commission from obtaining from the R.C.M.P. the information requested, conflicts with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* (R.S.C. 1970, Appendix III). The mis en cause then summoned Inspector Vermette of the R.C.M.P. to appear before them on February 21, 1977, ordering him by *subpoena duces tecum* to bring all files and information relating to Sylvie Roche (Exhibit R-3).

It is this decision of February 9, 1977 and the *subpoena duces tecum* which respondents challenged by way of evocation.

The questions presented to this Court, as stated by appellant in its submission, are the following:

[TRANSLATION]

1. Does subs. 2 of s. 41 of the Federal Court Act, R.S.C. 1970, 2nd Supp., c. 10, apply to appellant? Is the latter covered by the words "UN TRIBUNAL" used in the French version of the subsection and the words "ANY COURT" in its English version?
2. If the answer to the first question is in the affirmative, then a second question arises: does the affidavit filed by the Minister (J.R. p. 18) pursuant to subs. 2 of s. 41 of the Federal Court Act comply with the requirements of the law in such a matter?
3. If the answer to the first two questions is in the affirmative, then the questions arise which the

port défavorable au sujet de Sylvie Roche et Cathy Curtin. Un avocat du ministère fédéral de la Justice s'est alors opposé à ce que le témoin Vermette soit tenu de fournir ces renseignements et de produire les dossiers demandés. Le solliciteur général du Canada a ensuite déposé au dossier une déclaration sous serment («affidavit» pièce R-1) portant la date du 2 décembre 1976 dans laquelle il affirme que la divulgation des renseignements contenus dans les dossiers de la G.R.C. pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale, d'où son opposition à ce que les dossiers relatifs à Sylvie Roche et à Cathy Curtin soient produits devant la Commission et à ce que leur contenu en soit divulgué par un membre de la G.R.C.

Les mis en cause ont rendu leur décision le 9 février 1977 (pièce R-2), statuant que les pièces produites et les arguments présentés en opposition au témoignage des membres de la G.R.C. sont rejetés. Cette décision repose sur le motif que l'article 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* (S.R.C. 1970, 2<sup>e</sup> supplément, chap. 10) est inapplicable en l'espèce pour les deux raisons suivantes: la Commission n'est pas un tribunal mais un organisme administratif et cet article, s'il devait avoir pour effet d'empêcher la Commission d'obtenir de la G.R.C. les renseignements requis, irait à l'encontre de l'article 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* (S.R.C. 1970, Appendice III). Les mis en cause ont ensuite assigné l'inspecteur Vermette de la G.R.C. à comparaître devant eux le 21 février 1977 lui ordonnant par voie d'assignation *duces tecum* d'apporter tout dossier et tous renseignements relatifs à Sylvie Roche (pièce R-3).

C'est cette décision du 9 février 1977 et l'assignation *duces tecum* que les intimés ont attaquées par voie d'évocation.

Les questions qui se posent à cette Cour telles qu'énoncées par l'appelante dans son mémoire, sont les suivantes:

1. Le second paragraphe de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, 2<sup>ième</sup> Supp. C. 10, s'applique-t-il à l'Appelante? Celle-ci est-elle visée par les mots «UN TRIBUNAL» que le paragraphe utilise dans sa version française et les mots «ANY COURT» dans sa version anglaise?
2. Si la première question reçoit une réponse affirmative, alors une deuxième question se pose: l'affidavit produit par le Ministre (d.c. p. 18) en vertu du second paragraphe de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale satisfait-il aux exigences juridiques applicables en la matière?
3. Si les deux premières questions reçoivent une réponse affirmative, alors se posent les questions que la Cour

Supreme Court of Canada authorized the appellant to raise, in accordance with an order pursuant to Rule 17 of this Court:

"A. Is Par. 2 of Section 41 of the Federal Court Act ultra vires the Parliament of Canada or constitutionally inapplicable to a Provincial Tribunal, in whole or in part?" *a*

B. Is Par. 2 of Section 41 of the Federal Court Act inoperable by reason of the Canadian Bill of Rights (R.S.C. 1970, appendix III), in whole or in part?" *b*

Before examining these questions in order, it should be pointed out that the decisions of the Court of Appeal and the Superior Court were rendered before the decision of this Court, on October 31, 1978, in *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada et al.*, [1979] 1 S.C.R. 218. *c*

It should also be noted that the questions presented to this Court differ in several respects from those which the Court of Appeal and the Superior Court were asked to answer. In the Superior Court and the Court of Appeal, appellant argued that it did not constitute a court within the meaning of art. 846 C.C.P., and that accordingly it was not subject to the superintending and reforming power of the Superior Court. This argument, which was rejected by both the Court of Appeal and the Superior Court, was not repeated in this Court. Additionally, appellant in this Court put forward for the first time the arguments challenging the constitutionality of s. 41(2) of the *Federal Court Act*, which will be discussed below. Finally, in the Court of Appeal, appellant asked that s. 41(2) be held void, as being incompatible with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*; in this Court appellant relied on s. 1(b) of the *Bill of Rights*. *d*

THE COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE IS A COURT WITHIN THE MEANING OF SUBS. 2 OF S. 41 OF THE FEDERAL COURT ACT *e*

Section 41 of the *Federal Court Act* reads:

41. (1) Subject to the provisions of any other Act and to subsection (2), when a Minister of the Crown certifies to any court by affidavit that a document belongs to a class or contains information which on grounds of a public interest specified in the affidavit should be with- *f*

Suprême du Canada a autorisé l'appelante à soulever, en vertu d'une Ordonnance selon la Règle 17 de cette Cour:

A. Le par. 2 de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale est-il, en tout ou en partie, ultra vires du Parlement du Canada ou constitutionnellement inapplicable à un tribunal provincial? *a*

B. Le par. 2 de l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale est-il, en tout ou en partie, inopérant en raison de la Déclaration canadienne des droits (S.R.C. 1970, append. III)? *b*

Avant d'aborder ces questions dans l'ordre, il convient de souligner que les décisions de la Cour d'appel et de la Cour supérieure ont été rendues avant l'arrêt de cette Cour en date du 31 octobre 1978 dans l'affaire du *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada et autres*, [1979] 1 R.C.S. 218. *c*

Il convient aussi de souligner que les questions posées à cette Cour diffèrent en plusieurs points de celles auxquelles la Cour d'appel et la Cour supérieure ont dû répondre. En Cour supérieure et en Cour d'appel, l'appelante a plaidé qu'elle ne constituait pas un tribunal au sens de l'art. 846 C.p.c. et qu'en conséquence elle n'était pas soumise au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure. Ce moyen, rejeté tant par la Cour d'appel que par la Cour supérieure, n'a pas été repris devant cette Cour. D'autre part, c'est devant cette Cour que l'appelante a invoqué pour la première fois les motifs dont il sera question plus loin à l'encontre de la constitutionnalité du par. 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Enfin, en Cour d'appel, l'appelante a demandé que ce par. 41(2) soit déclaré inopérant parce qu'incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*; devant cette Cour c'est l'al. 1b) de la *Déclaration* que l'appelante a invoqué. *d*

LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE EST UN TRIBUNAL AU SENS DU PAR. 2 DE L'ART. 41 DE LA LOI SUR LA COUR FÉDÉRALE *e*

L'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* se lit:

41. (1) Sous réserve des dispositions de toute autre loi et du paragraphe (2), lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal qu'un document fait partie d'une catégorie ou contient des renseignements dont on devrait, à cause d'un intérêt public spécifié dans *f*



held from production and discovery, the court may examine the document and order its production and discovery to the parties, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the public interest specified in the affidavit.

(2) When a Minister of the Crown certifies to any court by affidavit that the production or discovery of a document or its contents would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations, or that it would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, discovery and production shall be refused without any examination of the document by the court.

The meaning of the word "court" in this section was disposed of in *Keable*, cited above.

It suffices to cite the following passage from the reasons of Pigeon J., at p. 247, giving the unanimous opinion of the Court on this matter:

Although this enactment is in the *Federal Court Act*, the wording makes it clearly applicable to "any court". This makes it applicable not only to the provincial courts which are, in the main, courts of general jurisdiction, federal and provincial, but also to any official invested with the powers of a court for the production of documents. I would in this respect make the same reasoning as for the availability of evocation: whenever the Commissioner claims to exercise such powers he is subject to the provisions applicable to a court in respect of those powers.

Like the Keable Commission, what is relied on here by the Commission des droits de la personne is the powers of a court to compel documents to be produced.

Under s. 80 of the *Charter of human rights and freedoms*:

80. The members and the personnel of the commission, and the person designated in conformity with section 75, have, for the purposes of an investigation, the powers and immunity of commissioners appointed under the Public Inquiry Commission Act (Revised Statutes, 1964, chapter 11).

Under s. 6 of the latter Act, commissioners are authorized to proceed "as they may think best fitted to discover the truth".

l'affidavit, ne pas exiger la production et la communication, ce tribunal peut examiner le document et ordonner de le produire ou d'en communiquer la teneur aux parties, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge appropriées, s'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public dans la bonne administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public spécifié dans l'affidavit.

(2) Lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal que la production ou communication d'un document serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales, ou dévoilerait une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada, le tribunal doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication.

En ce qui concerne la portée du mot «tribunal» dans cet article, l'arrêt *Keable* précité en a disposé.

Qu'il suffise de citer le passage suivant des motifs du juge Pigeon à la p. 247, donnant sur cette question l'opinion unanime de la Cour:

Bien que cette disposition fasse partie de la *Loi sur la Cour fédérale*, son libellé la rend clairement applicable à tout tribunal. Elle est donc applicable non seulement aux cours provinciales qui sont pour la plupart des cours de juridiction générale, fédérale ou provinciale, mais aussi à tout fonctionnaire investi des pouvoirs d'un tribunal pour la production de documents. Je ferai à cet égard le même raisonnement que pour le droit au bref d'évocation. Dès que le commissaire invoque de tels pouvoirs, il est assujéti aux dispositions applicables aux tribunaux à l'égard de ces pouvoirs.

Tout comme la Commission Keable, ce que la Commission des droits de la personne invoque ici ce sont les pouvoirs d'un tribunal pour la production de documents.

Aux termes de l'art. 80 de la *Charte des droits et libertés de la personne*:

80. Les membres de la Commission et de son personnel de même que la personne désignée conformément à l'article 75 sont investis, aux fins d'une enquête, des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi des commissions d'enquête (Statuts refondus, 1964, chapitre 11).

En vertu de l'art. 6 de cette dernière loi, les enquêteurs sont autorisés à procéder «par tous les moyens légaux qu'ils jugent les meilleurs».

Section 7 gives them “all the powers of a judge of the Superior Court in term”.

Section 9 empowers them to summon witnesses and compel the latter to answer questions on oath and to file documents.

Sections 10, 11 and 12 specify the penalties which a witness may incur if he fails to appear or refuses to answer or to file documents.

It follows that, like the Keable Commission, appellant in exercising powers regarding the production of documents constitutes a court within the meaning of s. 41 of the *Federal Court Act*.

#### AFFIDAVIT BY THE SOLICITOR GENERAL

Appellant submitted that the affidavit of the Solicitor General does not meet the requirements of subs. 2 of s. 41.

Deschênes C.J. of the Superior Court observed in this regard [at p. 66]:

[TRANSLATION] However, it is also necessary for the objection of the Minister to disclosure of the information requested to be couched in terms corresponding to the requirements of the Act. In the case at bar, the point was not seriously disputed by the Commission and, on reading the affidavit of the Honourable Francis Fox (R-1), the Court is persuaded that this meets the requirements set forth in s. 41(2).

I am in agreement with the manner in which the Court of Appeal, by the reasons of Mayrand J.A., disposes of this argument [at p. 74]:

[TRANSLATION] In its oral argument, appellant raised one final point: that the sworn statement of the Solicitor General of Canada is insufficient and not in accordance with s. 41(2).

Paragraph 8 of that statement reads as follows:

For all these reasons, *I am of the opinion* that the information contained in the files of the Security Branch of the R.C.M.P., which may be requested by the Commission des droits de la personne, in the case of Cathy Curtin and Sylvie Roche, belongs to a class of information *the disclosure of which would be injurious to national security*. (Emphasis added.)

I would agree that this statement could have been written in a more direct and positive manner. The fact

L'article 7 leur donne «tous les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure siégeant en terme».

L'article 9 leur permet d'assigner des témoins et de contraindre ceux-ci à répondre sous serment et à déposer des documents.

Les articles 10, 11 et 12 prévoient les pénalités que peut encourir un témoin qui fait défaut de comparaître ou qui refuse de répondre ou de produire des documents.

Il s'ensuit que comme la Commission Keable, l'appelante dans l'exercice des pouvoirs visant la production de documents, constitue un tribunal au sens de l'art. 41 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

#### L'AFFIDAVIT DU SOLLICITEUR GÉNÉRAL

L'appelante soumet que l'affidavit du solliciteur général ne satisfait pas aux exigences du par. 2 de l'art. 41.

A ce sujet, voici ce qu'écrit le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure [à la p. 66]:

Encore faut-il cependant que l'objection du ministre à la divulgation des renseignements demandés soit couchée dans des termes qui correspondent aux exigences de la Loi. En l'espèce, le point n'a pas été sérieusement contesté par la Commission et, à la lecture de l'affidavit de l'honorable Francis Fox (R-1), la Cour est convaincue que celui-ci remplit les conditions stipulées à l'article 41(2).

Et je suis d'accord avec la façon dont la Cour d'appel, par les motifs du juge Mayrand, dispose de ce moyen [à la p. 74]:

Dans son argumentation orale, l'appelante a soulevé un dernier moyen: la déclaration sous serment du solliciteur général du Canada serait insuffisante et non conforme à l'article 41(2).

L'alinéa 8 de cette déclaration se lit ainsi:

Pour toutes ces raisons, *je suis d'avis* que les renseignements contenus dans les dossiers du Service de sécurité de la Gendarmerie royale du Canada et qui peuvent être recherchés par la Commission des droits de la personne, dans l'affaire de Cathy Curtin et Sylvie Roche, font partie d'une catégorie de renseignements dont la *divulgation pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale*. (Les italiques sont du soussigné.)

J'avoue que cette déclaration aurait pu être rédigée dans une forme plus directe et plus affirmative. Il reste que

remains that the statement of the Minister as to possible harm, whether or not preceded by the words "I certify that", still expresses his personal opinion. As regards the use of the conditional, this is explained by the fact that the disclosure had not yet occurred and might not occur.

I also take into account the fact that other paragraphs of the same statement are more clearly positive and express the Minister's certainty: "I know and do in fact believe that ...". Finally, the objection of respondent was not dismissed by the *mis en cause* on the ground that the statement was insufficient, and an excessive formalism should not be allowed to impede or retard the solution of the real issue.

#### THE CONSTITUTIONALITY OF SUBS. 2 OF S. 41 OF THE FEDERAL COURT ACT

As noted above, this argument in its present form was raised in this Court for the first time. It is the subject of the first question determined by the order made pursuant to Rule 17 of the Court.

This point was therefore not considered by either the Court of Appeal or the Superior Court.

In the Superior Court, appellant had asked that s. 41(2) be declared *ultra vires* the Parliament, but on the ground that it violated the separation of the executive and judicial powers. The Chief Justice said the following [at pp. 57-58]:

[TRANSLATION] Finally, the Commission made one last argument: s. 41(2) is so contrary to the principles of justice generally recognized in this country that the Court should declare it *ultra vires* the Parliament, or at the very least, void.

The second part of this proposition must be rejected forthwith: s. 41(2) exists and the Commission could show no legal basis on which the Court could declare it void.

Is it however *ultra vires*?

It is certainly not unconstitutional in the sense that, by adopting it, Parliament trespassed on an area of exclusive provincial jurisdiction: the cases which it covers fall within federal jurisdiction.

However, the commission maintained that s. 41(2) approves a principle which is repugnant to our system of government and which violates the separation of the executive and judicial powers. It is this aspect of the matter which must be considered.

In a sense, the question is not new: it concerns the "Crown privilege" which we have inherited from Eng-

l'affirmation du ministre quant à un préjudice éventuel, qu'elle soit ou non précédée des mots «je certifie que», exprime toujours son avis personnel. Quant à l'emploi du conditionnel, il se justifie par le fait que la divulgation n'a pas encore eu lieu et pourra ne pas avoir lieu.

Je tiens compte aussi du fait que d'autres alinéas de la même déclaration sont plus clairement affirmatifs et expriment la certitude du ministre: "Je sais et je crois effectivement que ...". Enfin, ce n'est pas pour motif d'insuffisance de la déclaration que l'opposition des intimés a été rejetée par les *mis en cause* et il ne conviendrait pas qu'un formalisme excessif puisse empêcher ou retarder la solution du véritable litige.

#### LA CONSTITUTIONNALITÉ DU PAR. 2 DE L'ART. 41 DE LA LOI SUR LA COUR FÉDÉRALE

Tel que déjà mentionné, ce moyen, dans sa forme actuelle, est soulevé pour la première fois devant cette Cour. Il fait l'objet de la première question déterminée par l'ordonnance rendue suivant la Règle 17 de la Cour.

Ce moyen n'a donc pas été étudié par la Cour d'appel non plus que par la Cour supérieure.

En Cour supérieure, l'appelant avait demandé que le par. 41(2) soit déclaré *ultra vires* du Parlement, mais parce qu'il violait la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire. Voici comment s'en exprime le juge en chef [aux pp. 57 et 58]:

La Commission soulève enfin un dernier moyen: l'article 41(2) est tellement exorbitant des principes de justice généralement acceptés chez nous que la Cour doit le déclarer *ultra vires* du Parlement ou, à tout le moins, inopérant.

Il y a lieu d'écarter immédiatement la seconde partie de cette proposition: l'article 41(2) existe et la Commission n'a pu faire valoir aucun motif juridique qui permettrait à la Cour de le déclarer inopérant.

Est-il toutefois *ultra vires*?

Il n'est certes pas inconstitutionnel en ce sens qu'en l'adoptant, le Parlement aurait empiété sur un domaine de compétence provinciale exclusive: les cas qu'il prévoit relèvent de la juridiction fédérale.

Mais la Commission soutient que l'article 41(2) entérine un principe qui répugne à notre système de gouvernement et qui viole la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire. C'est à cet aspect de la question qu'il y a lieu de s'arrêter.

En un sens, la question n'est pas nouvelle: il s'agit du «*Crown privilege*» que nous avons hérité du droit public

lish public law, and which has, then and now, been the subject of sometimes heated debate. Two opposing arguments have been made.

When the higher interest of public administration and the higher interest of the administration of justice are opposed, one must give way before the other: who—the executive or the judiciary—shall decide?

Then, after reviewing the evolution of this privilege in England, Australia, New Zealand, the United States, Canada (before 1970), Quebec and Canada (after 1970), the Chief Justice concluded as follows [at p. 66]:

[TRANSLATION] As between the two options open to it, between the two arguments each of which has at times held sway, Parliament decided to select, in matters of national security among others, the theory that the Crown enjoys an absolute immunity from the courts. It reposed its complete confidence in the Ministers of the Crown and it divested the courts of all discretion. As Mahoney J. put it (*Landreville v. R.*, (1977) 70 D.L.R. (3d) 122, 124 and 125), Parliament preferred an interested executive to an impartial judiciary.

Respondent Commission is free to regret this development and complain of it; but it does not follow that Parliament exceeded its jurisdiction or that its legislation is invalid, and the Commission cannot expect to obtain a legislative amendment from the Superior Court.

The Court therefore cannot allow the Commission's objection or declare s. 41(2) *ultra vires* the Parliament.

In this Court, appellant argued instead that s. 41(2) is without the jurisdiction of Parliament because it trenches on an area exclusively reserved to the provinces, the administration of justice.

This argument is incorrect.

As counsel for the respondents observed, the fundamental purpose of s. 41 is not the administration of justice. He stated:

[TRANSLATION] The aim of Parliament in enacting s. 41 cannot be in doubt. The purpose of subs. (1) is to prevent judicial disclosure of certain documents on the ground of public interest, while leaving the court in question complete discretion to decide whether in the circumstances the ministerial objection should be upheld or rejected, having regard to the equal public interest in

anglais et qui a fait l'objet, autrefois et encore récemment, de débats parfois véhéments. Deux thèses en effet s'affrontent.

Lorsque l'intérêt supérieur de l'administration publique et l'intérêt supérieur de l'administration de la Justice entrent en conflit, l'un doit céder devant l'autre: qui, de l'Exécutif ou du Judiciaire, doit décider?

Puis après une revue de l'évolution de ce privilège en Angleterre, en Australie, en Nouvelle-Zélande, aux États-Unis, au Canada (avant 1970), au Québec et au Canada (depuis 1970), le juge en chef conclut de la façon suivante [à la p. 66]:

Entre deux options qui lui étaient offertes, entre les deux thèses dont chacune avait connu sa période de suprématie, le Parlement a décidé de choisir, entre autres en matière de sécurité nationale, la thèse de l'immunité absolue de la Couronne à l'égard des tribunaux. Il a reposé sa confiance entière dans les ministres de la Couronne et il a enlevé aux tribunaux toute discrétion. Comme le soulignait l'honorable juge Mahoney (*Landreville c. R.*, (1977) 70 D.L.R. (3d) 122, 124, 125), le Parlement a préféré un Exécutif intéressé à un Judiciaire indépendant.

La Commission intimée est libre de le regretter et de s'en plaindre; mais il ne suit pas que le Parlement ait excédé sa compétence ni qu'il ait légiféré de façon invalide et ce n'est pas de la Cour supérieure que la Commission peut espérer obtenir une modification législative.

La Cour ne saurait donc accueillir la contestation de la Commission ni déclarer l'article 41(2) *ultra vires* du Parlement.

Devant nous l'appelante plaيدا plutôt que le par. 41(2) est hors de la compétence du Parlement parce qu'il empiète sur un domaine exclusivement réservé aux provinces, l'administration de la justice.

Ce moyen n'est pas fondé.

Comme l'a fait observer le procureur des intimés, l'objet essentiel de l'art. 41 n'est pas l'administration de la justice. Il précise:

En effet, le but poursuivi par le Parlement en édictant l'article 41 ne saurait faire de doute. En ce qui a trait au premier paragraphe, il s'agit d'empêcher la divulgation judiciaire de certains documents pour cause d'intérêt public, tout en laissant au tribunal concerné pleine discrétion pour décider si en l'espèce l'objection ministérielle doit être retenue ou rejetée, eu égard à cet autre

the proper administration of justice. The purpose of subs. (2) of this section is to prevent, this time absolutely, judicial disclosure of any document the disclosure of which could be injurious to any of the matters mentioned. In either case, the documents in question must be documents originating with or in the possession of the Government of Canada.

I conclude my discussion of this point by adopting the *dictum* of the trial judge, cited above:

[TRANSLATION] However, is it [s. 41(2)] *ultra vires*?

It is certainly not unconstitutional, in the sense that by adopting it Parliament trespassed on an area of exclusive provincial jurisdiction: the cases which it covers are within federal jurisdiction.

The Attorney General of Quebec, intervening on this question only, submitted a completely different proposition. Section 41(2), he said, [TRANSLATION] "is *ultra vires* to the extent that it seeks to forbid review by the competent courts of the constitutional legality of a decision by the federal executive to refuse to produce documents".

He referred to common law privilege and, citing *inter alia* Lord Reid, to the two conflicting aspects of the public interest, that of public administration and that of the administration of justice.

Lord Reid described this conflict in *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910, which held that the privilege is of a relative nature, contrary to the earlier case of *Duncan v. Cammell Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, which held it to be absolute. Lord Reid wrote, at p. 940:

It is universally recognised that here there are two kinds of public interest which may clash. There is the public interest that harm shall not be done to the nation or the public service by disclosure of certain documents, and there is the public interest that the administration of justice shall not be frustrated by the withholding of documents which must be produced if justice is to be done. There are many cases where the nature of the injury which would or might be done to the nation or the public service is of so grave a character that no other interest, public or private, can be allowed to prevail over it. With regard to such cases it would be proper to say, as Lord Simon did, that to order production of the document in question would put the interest of the state in jeopardy. But there are many other cases where the

intérêt public qu'est la bonne administration de la justice. Quant au deuxième paragraphe du même article, il a pour objet d'empêcher, cette fois-ci d'une manière absolue, la divulgation judiciaire de tout document dont la divulgation pourrait être préjudiciable à l'un ou l'autre des sujets qui y sont mentionnés. Dans un cas comme dans l'autre, les documents dont il s'agit ne peuvent être autres que des documents émanant ou en possession du Gouvernement du Canada.

Je conclus sur ce point en faisant mien le *dictum* précité du juge de première instance:

Est-il [le par. 41(2)] toutefois *ultra vires*?

Il n'est certes pas inconstitutionnel en ce sens qu'en l'adoptant, le Parlement aurait empiété sur un domaine de compétence provinciale exclusive: les cas qu'il prévoit relèvent de la juridiction fédérale.

Le procureur général du Québec, intervenant sur cette seule question, soumet une proposition toute différente. Le paragraphe 41(2), dit-il, «est *ultra vires* dans la mesure où il vise à interdire le contrôle par les tribunaux compétents de la légalité constitutionnelle de la décision de l'exécutif fédéral de refuser la production de documents».

Il réfère au privilège de *common law* et, citant notamment lord Reid, aux deux aspects de l'intérêt public qui s'affrontent, celui de l'administration publique et celui de l'administration de la justice.

Lord Reid a décrit ce conflit dans *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 qui a prononcé le caractère relatif du privilège, à la différence de l'arrêt antérieur *Duncan v. Cammell Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, qui lui avait reconnu un caractère absolu. Lord Reid écrit à la p. 940:

[TRADUCTION] Il est universellement admis ici qu'il y a deux types d'intérêt du public qui peuvent être en conflit. Il y a l'intérêt du public à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à l'Etat ou à la puissance publique par la révélation de certains documents et il y a l'intérêt du public à ce que l'administration de la justice ne soit pas entravée par le refus de communiquer des documents qui devraient l'être si justice doit être rendue. Il y a nombre de cas où le dommage que l'Etat ou la puissance publique subirait ou pourrait subir est de nature si grave qu'aucun autre intérêt ni public ni privé ne peut avoir préséance. Dans ces cas, il serait juste de dire, comme l'a dit lord Simon, qu'ordonner la production du document en cause mettrait l'intérêt de l'Etat en péril. Il y a cependant beaucoup d'autres instances où la possibilité

possible injury to the public service is much less and there one would think that it would be proper to balance the public interests involved. I do not believe that Lord Simon really meant that the smallest probability of injury to the public service must always outweigh the gravest frustration of the administration of justice.

Crown privilege is part of our public law: the intervener acknowledged this and stated in his submission:

[TRANSLATION] This rule of the common law was introduced into Canada as part of Crown prerogative and as such is now a part of our public law. The rule therefore applies both to the Crown in right of Canada and to the Crown in right of a province, both of which may rely on it.

He then cited Laskin C.J., speaking for the majority, in *Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61, at p. 76.

Second, the common law rule as part of what I may call Crown law is an historic principle that was part of the law of this country from its beginning; and it remained part of our law under the federal structure brought into force in 1867, both for the advantage of the Crown in right of Canada and of the Crown in right of a Province.

In 1970 the federal Parliament sought to codify this common law privilege. It did so by making the privilege a relative one under subs. (1) of s. 41, but an absolute one under subs. (2) in the five cases mentioned therein, including national security.

In the Court of Appeal, Mayrand J.A. stated it as follows [at pp. 73-74]:

[TRANSLATION] Two theories were in conflict: first, that according to which the executive power has an absolute right to object to any evidence which it regards as injurious to national security, and second, that which regards the executive as having only a relative privilege to object to such evidence, leaving the task of deciding whether such objection is justified up to the courts.

I do not feel it is useful to analyse the differing opinions expressed on this matter, both by the courts and by commentators, since s. 41 of the *Federal Court Act* clearly settles the matter. The first paragraph states the general rule: if the Minister objects to evidence on the grounds of public interest, without more, his privi-

de dommage à la puissance publique est beaucoup moins importante et dans cette hypothèse on pourrait penser qu'il y serait sage de comparer les intérêts du public en jeu. Je ne crois pas que lord Simon ait voulu dire que la moindre possibilité de dommage à la puissance publique doive toujours l'emporter sur l'entrave la plus grande à l'administration de la justice.

Le privilège de la Couronne fait partie de notre droit public, l'intervenant le reconnaît et il écrit dans son mémoire:

Cette règle de common law fut introduite au Canada comme partie du droit de la Couronne et, à ce titre, fait maintenant partie de notre droit public. La règle profite donc tant à la Couronne fédérale qu'à la Couronne provinciale qui, toutes deux, sont susceptibles de l'invoquer.

Puis il cite le juge en chef Laskin, au nom de la majorité, dans *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61, à la p. 76:

Deuxièmement, la règle de *common law* fait partie de ce qu'il convient d'appeler le droit de la Couronne et constitue un principe historique faisant partie du droit de notre pays depuis son origine; elle fait partie de notre droit en vertu du régime fédéral entré en vigueur en 1867, à l'avantage à la fois de la Couronne du chef du Canada et de la Couronne du chef d'une province.

En 1970 le Parlement fédéral a entendu codifier ce privilège de *common law*. Il l'a fait en attribuant un caractère relatif au privilège selon le par. (1) de l'art. 41, mais un caractère absolu selon le par. (2) dans les cinq cas qui y sont visés, dont la sécurité nationale.

Le juge Mayrand en Cour d'appel l'expose de la façon suivante [aux pp. 73 et 74]:

Deux thèses se sont affrontées; d'une part celle qui reconnaît au pouvoir exécutif le droit absolu de s'opposer à une preuve qu'il estime préjudiciable à la sécurité de l'Etat, et d'autre part celle qui ne reconnaît au pouvoir exécutif qu'un privilège relatif de s'opposer à cette preuve, laissant au tribunal la tâche de décider si cette opposition est justifiée.

Il ne m'apparaît pas utile d'analyser les opinions divergentes qui ont été exprimées à ce sujet tant par les tribunaux que par les auteurs, vu que l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* tranche le débat de façon nette. Le premier alinéa pose la règle générale: si le ministre s'oppose à la preuve au nom de l'intérêt public, sans plus

lege is only relative; the Court then takes over the problem, and it "may examine the document and order its production ...". The second paragraph gives the Minister an absolute privilege in the five cases stated, including that of national security. The Court ceases to have any discretionary authority to allow or refuse production: "discovery and production shall be refused without any examination of the document" by it. The Court must, so to speak, homologate the Minister's statement, once it is shown to be in accordance with s. 41(2)<sup>(25)</sup>.

The wording of s. 41 is thus sufficiently clear to preclude the judicial and academic controversies mentioned by appellant in its submission. It is true that by relying solely on the decision of the Minister, the legislator takes the risk of an abuse of power that lies beyond judicial review. However, it is not for the Court to discuss the reasonable or excessive nature of this legislation; its function is to apply it, because the rule of parliamentary supremacy is preemptory and the manner in which Parliament has exercised its authority does not appear to me to be contrary to the principles stated in the *British North America Act, 1867*.

<sup>(25)</sup> *Wilfrid Nadeau Inc. v. R.*, (1977) 1 F.C. 541, 550 and *Landreville v. The Queen*, (1977) 70 D.L.R. (3d) 122, 124, Mahoney J. of the Federal Court.

The intervener does not dispute Parliament's power to legislate on this privilege. Indeed, the provincial legislatures may do likewise. This has been the case in Quebec, which by art. 308 *C.C.P.*, in effect since 1966, made it relative in nature. In Quebec until then, for the last hundred years, as Deschênes C.J. noted, [TRANSLATION] "the theory of absolute immunity had been sanctioned by law and precedent", at least until this Court in 1965 raised a doubt as to the absolute nature of the privilege under art. 332 *C.C.P.*, then in effect, without however overturning it. (See *Gagnon v. Commission des Valeurs Mobilières du Québec et al.*, [1965] S.C.R. 73.)

However, the intervener contends, [TRANSLATION] "Although in Canada Crown law exists both for the advantage of the Crown in right of Canada and of the Crown in right of a province, the common law rules developed in a unitary system cannot be applied as such in the Canadian federal system, where executive powers are dis-

de précision, son privilège n'est que relatif; le tribunal prend alors le problème en main, il «peut examiner le document et ordonner de le produire ...». Le second alinéa reconnaît au privilège du ministre un caractère absolu dans les cinq cas énoncés, dont celui de la sécurité nationale. Le tribunal n'a plus le pouvoir discrétionnaire d'admettre ou de refuser la production: il «doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication». Le tribunal doit pour ainsi dire homologuer la déclaration du ministre, du moment qu'elle est conforme à l'article 41(2)<sup>(25)</sup>.

Le texte de l'article 41 est donc suffisamment clair pour écarter les controverses jurisprudentielles et doctrinales que l'appelante rappelle dans son mémoire. Il est vrai qu'en s'en remettant à la seule décision du ministre, le législateur prend le risque d'abus de pouvoir qui échapperaient au contrôle judiciaire. Mais le tribunal n'a pas à discuter du caractère raisonnable ou excessif de cette disposition législative; son rôle est de l'appliquer, car la règle de la suprématie du parlement est impérative et la façon dont le Parlement a exercé son autorité ne me paraît pas contraire aux principes énoncés dans l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867*.

<sup>(25)</sup> *Wilfrid Nadeau Inc. c. R.*, (1977) 1 C.F. 541, 550 et *Landreville c. The Queen*, (1977) 70 D.L.R. (3d) 122, 124, M. le juge Mahoney de la Cour fédérale.

L'intervenant ne conteste pas le pouvoir du Parlement de légiférer sur ce privilège. Les législatures provinciales peuvent d'ailleurs en faire autant. C'est le cas du Québec qui par l'art. 308 *C.p.c.*, en vigueur depuis 1966, lui a conféré un caractère relatif. Jusque-là et depuis un siècle au Québec comme l'écrit le juge en chef Deschênes, «la thèse de l'immunité absolue avait reçu la sanction de la loi et de la jurisprudence», du moins jusqu'à ce que cette Cour en 1965 soulève un doute sur le caractère absolu du privilège de l'art. 332 *C.p.c.* alors en vigueur, sans pour autant l'écarter. (Voir *Gagnon c. Commission des Valeurs Mobilières du Québec et al.*, [1965] R.C.S. 73.)

Toutefois, oppose l'intervenant, «Même si au Canada le droit de la Couronne existe tant à l'avantage de l'exécutif fédéral que de l'exécutif provincial, les règles de common law élaborées dans un régime unitaire ne peuvent s'appliquer telles quelles dans le système fédéral canadien où les pouvoirs exécutifs sont répartis en fonction du

tributed in accordance with the division of legislative authority made in the B.N.A. Act”.

He later adds:

[TRANSLATION] When it legislates concerning the relative privilege not to disclose documents, therefore, the federal Parliament is constitutionally limited to the objective of safeguarding the “federal public interest”, which in that case is the sum of the areas within its legislative authority. Similarly, the provinces may legislate with regard to this privilege within the limits of the “provincial public interest”, that is all areas within provincial authority. Either level can only prohibit the production of a document if that prohibition is directly related to its own public interest. Otherwise, the constitutional division of executive authority would be frustrated: the provincial executive might administer the federal public interest or vice versa.

The intervener concluded:

[TRANSLATION] By means of the privative clause, the federal Parliament thus confers on the federal government a power to decide itself, with finality, whether the production of documents is or is not within the federal public interest. In deciding this question, the federal government at the same time decides as to the constitutional legality of its action. It may thus exceed the limits of federal jurisdiction without any court being able to condemn such an action.

This is why the Attorney General of Quebec argues that in the case at bar the privative clause of s. 41(2) cannot deprive the courts of their power to monitor the constitutional legality of the decision of the federal executive to refuse production of documents. The privative clause of s. 41(2) is therefore invalid to the extent that it seeks to prohibit any review of constitutional legality by the competent courts.

If I understand correctly (but I shall return to this point below) what the intervener is referring to is what, in the passage cited above, Mayrand J.A. referred to as [TRANSLATION] “the risk of an abuse of power that lies beyond judicial review”.

However, this risk does not result from the federal nature of the Canadian constitution. It is a risk inherent in absolute privilege, and will occur just as readily in a unitary state. It will also occur with respect to provincial legislation, as was the case in Quebec under art. 332 C.C.P. until it was replaced by art. 308 in 1966.

partage des compétences législatives établi à l’A.A.N.B.».

Et plus loin il ajoute:

<sup>a</sup> Lorsqu’il légifère à l’égard du privilège relatif à la non-divulgateion de documents, le Parlement fédéral est donc constitutionnellement limité à l’objectif de sauvegarde de l’«intérêt public fédéral», qui est alors la somme des domaines qui relèvent de sa compétence législative.

<sup>b</sup> De même les provinces peuvent légiférer à l’égard de ce privilège dans les limites de l’«intérêt public provincial», c’est-à-dire de l’ensemble des domaines de compétence provinciale. L’un ou l’autre niveau ne peut donc interdire la production d’un document que si cette interdiction est directement reliée à son propre intérêt public.

<sup>c</sup> Sinon le partage constitutionnel des compétences exécutives serait frustré: l’exécutif provincial pourrait administrer l’intérêt public fédéral ou vice-versa.

Et l’intervenant conclut:

<sup>d</sup> Par le jeu de la clause privative, le Parlement fédéral attribue ainsi au gouvernement fédéral le pouvoir d’apprécier lui-même, en dernier ressort, si la production des documents est ou n’est pas du domaine de l’intérêt public fédéral. En décidant de cette question, le gouvernement fédéral décide du même coup de la légalité constitutionnelle de son acte. Il peut donc outrepasser les limites de la compétence fédérale sans qu’aucun tribunal ne puisse sanctionner cet acte.

<sup>f</sup> C’est pourquoi le procureur général du Québec soutient qu’en l’espèce la clause privative de l’article 41(2) ne peut priver les tribunaux de leur pouvoir de contrôler la légalité constitutionnelle de la décision de l’exécutif fédéral de refuser la production de documents. La clause privative de l’article 41(2) est donc invalide dans le mesure où elle vise à interdire tout contrôle de la légalité constitutionnelle par les tribunaux compétents.

<sup>h</sup> Si je le comprends bien, mais j’y reviendrai plus loin, ce à quoi l’intervenant fait allusion, c’est ce que le juge Mayrand, dans le passage précité, a appelé «le risque d’abus de pouvoir qui échapperaient au contrôle judiciaire».

<sup>i</sup> Mais ce risque ne découle pas du caractère fédéral de la constitution canadienne. C’est un risque inhérent au privilège absolu qui se retrouvera tout autant dans un Etat unitaire. Il se retrouvera aussi au niveau d’une législation provinciale, comme c’était le cas au Québec sous l’art. 332 C.p.c. jusqu’à ce qu’il soit remplacé en 1966 par l’art. 308.



Once Parliament and the provincial legislatures are admitted to have the power to legislate on this matter in their respective fields (and the power cannot be denied), the risk exists. However, the risk that the Executive will apply legislation that has been validly adopted by Parliament with malice or even arbitrarily does not have the effect of divesting Parliament of its power to legislate. It is important not to confuse the statute adopted by Parliament with the action of the Executive performed in accordance with that statute.

Once it is admitted that Parliament and the provincial legislatures have the power to legislate, it necessarily follows that they can make the privilege absolute. In my view, saying that Parliament and the legislatures cannot make the privilege absolute amounts to a denial of parliamentary supremacy, and to denying Parliament and the legislatures their sovereign power to legislate in their respective fields of jurisdiction.

The existence of this risk "of an abuse of power" does not in my opinion justify an adverse ruling on the constitutionality of s. 41(2).

However, the intervenor really goes further in arguing for the unconstitutionality of the section [TRANSLATION] "to the extent that it seeks to prohibit review by the competent courts of the constitutionality of the decision of the federal executive to refuse production of documents".

It is the constitutional legality of the decision or action of the Executive that is at issue, rather than the constitutionality of the legislative enactment itself. The risk is then not the general risk of abuse of power described above but, so to speak, the characterized risk where the abuse of power consists in exceeding the federal field of jurisdiction and trenching on a provincial field of jurisdiction, or consists perhaps in concealing such a trenching from the courts, without the latter being able to intervene.

In my opinion, this raises the applicability of the legislative enactment in a given case, not the constitutionality of the provision itself.

It is perhaps conceivable that a case could arise of an abuse which I have called characterized, in

Dès que l'on reconnaît au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer en cette matière dans leurs domaines respectifs et on ne saurait le nier, ce risque existe. Cependant le risque que l'Exécutif applique à mauvais escient ou même de façon arbitraire une législation valablement adoptée par le Parlement n'a pas pour effet de faire perdre à celui-ci son pouvoir de légiférer. Il ne faut pas confondre la loi adoptée par le Parlement et l'acte de l'Exécutif posé en application de cette loi.

Par ailleurs, dès que l'on reconnaît au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer, force est de reconnaître qu'ils peuvent rendre le privilège absolu. Dire en effet que le Parlement et les législatures ne peuvent rendre le privilège absolu équivaudrait, à mon sens, à nier la suprématie parlementaire et à nier au Parlement et aux législatures leur pouvoir souverain de légiférer dans leurs champs respectifs de compétence.

L'existence de ce risque «d'abus de pouvoir» ne justifie pas, à mon avis, que l'on prononce à l'encontre de la constitutionnalité du par. 41(2).

L'intervenant toutefois va vraisemblablement plus loin en invoquant l'inconstitutionnalité de l'article «dans la mesure où il vise à interdire le contrôle par les tribunaux compétents de la légalité constitutionnelle de la décision de l'exécutif fédéral de refuser la production de documents».

C'est la légalité constitutionnelle de la décision ou de l'acte de l'Exécutif qui est en cause plutôt que la constitutionnalité de la disposition législative elle-même. Le risque n'est plus le risque général d'abus de pouvoir décrit plus haut mais un risque pour ainsi dire caractérisé, où l'abus de pouvoir consisterait à excéder le champ de compétence fédérale pour empiéter sur un champ de compétence provinciale, ou consisterait peut-être à cacher un tel empiètement à la justice. Cela sans que les tribunaux puissent intervenir.

C'est là à mon sens soulever l'applicabilité de la disposition législative dans un cas donné et non pas la constitutionnalité de la disposition elle-même.

Il est peut-être concevable qu'un cas puisse se présenter d'un abus que j'ai qualifié de caractérisé,

which the courts would be justified in considering whether s. 41(2) is inapplicable. It is not necessary to decide the point, for the case at bar is clearly not such a case. It is apparent from rereading the affidavit that it relies on the federal public interest. Nothing contained in the record and no allegation even suggests that it might be otherwise.

I conclude that s. 41(2) is constitutional. I also conclude that to the extent that the proposition put forward by the intervener also covers the applicability of the section to a [TRANSLATION] "decision of the federal executive to refuse production of documents", this is not a case, if any exist, where its applicability can be questioned.

#### SECTION 41(2) OF THE FEDERAL COURT ACT AND THE CANADIAN BILL OF RIGHTS

As I mentioned, appellant argued in the Court of Appeal that s. 41(2) was void because it is in conflict with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, in that it deprives the employees in question of the right to an impartial hearing of their case, in accordance with the principles of fundamental justice, for the definition of their rights and obligations. This argument was rejected by the Court of Appeal.

In this Court, appellant is now relying on s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

As counsel for the respondents pointed out, s. 41(2) is of universal application. It does not apply to any particular group as against all other citizens, and it contains no unlawful distinction that is incompatible with the principles stated in s. 1(b) of the *Bill of Rights*.

Section 41(2) is concerned with a valid federal objective (*Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *R. v. Burn-*

où les tribunaux seraient justifiés de considérer si le par. 41(2) est inapplicable. Il n'est pas nécessaire de le déterminer car en l'espèce il ne s'agit clairement pas d'un tel cas. Il suffit de relire l'affidavit pour se satisfaire que c'est bien l'intérêt public fédéral qui est invoqué. Par ailleurs aucun élément du dossier ni aucune allégation ne permet même de supposer qu'il en soit autrement.

Je conclus à la constitutionnalité du par. 41(2). Je conclus aussi que dans la mesure où la proposition mise de l'avant par l'intervenant vise également l'applicabilité de l'article à une «décision de l'exécutif fédéral de refuser la production de documents», il ne s'agit pas d'un cas, s'il en est, où son applicabilité peut être mise en doute.

#### LE PARAGRAPHE 41(2) DE LA LOI SUR LA COUR FÉDÉRALE ET LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS

Comme je l'ai mentionné, en Cour d'appel l'appelante a plaidé que le par. 41(2) était inopérant parce que contraire à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* en ce qu'il priverait les employées concernées du droit à une audition impartiale de leur cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de leurs droits et obligations. Ce moyen fut rejeté par la Cour d'appel.

Devant cette Cour, c'est maintenant l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* que l'appelante invoque:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

Comme le souligne le procureur des intimés, le par. 41(2) a une portée universelle. Il ne vise aucun groupe en particulier par rapport à l'ensemble des autres citoyens et il ne comporte aucune distinction illégitime, incompatible avec le principe énoncé à l'al. 1b) de la *Déclaration*.

Le paragraphe 41(2) vise un objectif fédéral régulier (*Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *R. c.*

*shine*, [1975] 1 S.C.R. 693), namely the Crown privilege not to disclose documents the production or communication of which would be injurious to the areas listed, including national security.

Section 41(2) does of course create in favour of the Crown, the guardian of the nation's higher interests, a regime which differs from that applicable to individuals. It does not necessarily follow that it infringes on the right of the individual to equality before the law.

As Laskin J., as he then was, observed in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, at p. 899:

... compelling reasons ought to be advanced to justify the Court in this case to employ a statutory (as contrasted with a constitutional) jurisdiction to deny operative effect to a substantive measure duly enacted by a Parliament constitutionally competent to do so, and exercising its powers in accordance with the tenets of responsible government, which underlie the discharge of legislative authority under the *British North America Act*.

For these reasons, I would dismiss the appeal, with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Raymond Lachapelle, Montreal.*

*Solicitor for the respondents: Gaspard Côté, Montreal.*

*Solicitors for the intervener: Jean K. Samson and Odette Laverdière, Quebec*

*Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693), soit le privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents dont la production ou la communication serait préjudiciable aux domaines énumérés, dont la sécurité nationale.

Le paragraphe 41(2) crée bien sûr en faveur de la Couronne, gardienne des intérêts supérieurs de l'Etat, un régime qui diffère du régime applicable aux particuliers. Il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il porte atteinte au droit des particuliers à l'égalité devant la loi.

Comme l'écrit le juge Laskin, alors juge puîné, dans *Curr c. la Reine*, [1972] R.C.S. 889, aux pp. 899 et 900:

... il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: Raymond Lachapelle, Montréal.*

*Procureur des intimés: Gaspard Côté, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant: Jean K. Samson et Odette Laverdière, Québec.*

**David Benjamin Ford** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 15989.

1981: March 17; 1982: February 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
PRINCE EDWARD ISLAND

*Criminal law — Impaired driving — Care or control — No intention to drive — Applicability of s. 237(1)(a) in a charge under s. 236 of Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended.*

Appellant was found intoxicated in the driver's seat of his vehicle parked in a field at a party and was charged with having care or control contrary to s. 236 of the *Criminal Code*. He had earlier agreed to another person's driving his vehicle after the party. The trial court acquitted him on the ground that s. 237(1)(a) applied in that although he had the care or control of the vehicle he lacked the intention to drive. The Court of Appeal held an absence of intention to drive a vehicle did not constitute a good defence to the charge. This appeal is to determine the *mens rea* for the offence.

*Held* (Laskin C.J. and Dickson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: Section 237(1)(a) does not import an element of "intent to drive" into the offence of care or control which is created by s. 236. Section 237(1)(a) is concerned exclusively with the method of proof of a charge under s. 236; its effect is purely evidentiary so that the offence created by s. 236 remains unaffected. Proof that the accused did not enter the vehicle with the intention of setting it in motion does not of itself lead to an acquittal where an accused performs some act or series of acts involving the use of the car, its fitting or equipment, which indicate that the accused had care or control of the vehicle.

The case of *R. v. Young* has not applicability; it was not concerned with the presumption created by s. 237(1)(a).

**David Benjamin Ford** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 15989.

1981: 17 mars; 1982: 9 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE  
L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

*Droit criminel — Conduite en état de facultés affaiblies — Garde d'un véhicule — Absence de l'intention de conduire — Applicabilité de l'art. 237(1)a à une accusation portée en vertu de l'art. 236 du Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié.*

L'appellant a été trouvé au volant de son véhicule stationné dans un champ lors d'une partie alors que ses facultés étaient affaiblies et il a été accusé d'avoir eu la garde du véhicule contrairement à l'art. 236 du *Code criminel*. Auparavant, il avait consenti à ce qu'une autre personne conduise son véhicule après la partie. Le juge de première instance l'a acquitté pour le motif que l'al. 237(1)a s'appliquait étant donné que, même s'il avait alors la garde du véhicule, il n'avait pas l'intention de le conduire. La Cour d'appel a conclu que l'absence d'intention de conduire un véhicule ne constitue pas un moyen de défense valable contre l'accusation. Le présent pourvoi vise à déterminer en quoi consiste la *mens rea* applicable à l'infraction.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et le juge Dickson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer: L'alinéa 237(1)a ne fait pas de «l'intention de conduire» un élément de l'infraction de garde créée par l'art. 236. L'alinéa 237(1)a porte exclusivement sur le mode de preuve applicable à une accusation portée en vertu de l'art. 236; il n'a d'incidence que sur la preuve, sans toucher à l'infraction créée par l'art. 236. La preuve que l'accusé n'a pas pris place dans le véhicule dans l'intention de le mettre en marche n'entraîne pas en soi l'acquiescement lorsqu'un accusé accomplit un acte ou une série d'actes ayant trait à l'utilisation du véhicule ou de ses accessoires, qui indiquent que l'accusé avait la garde du véhicule.

L'arrêt *R. v. Young* ne s'applique pas; la présomption créée par l'al. 237(1)a n'y était pas en cause.

*Per* Laskin C.J. and Dickson J., *dissenting*: Although s. 237 is concerned with evidentiary matters it can be looked to as an aid to interpreting the patent ambiguity in s. 236. It creates a rebuttable presumption of having "care or control" over, not having intention to drive, a motor vehicle. An intention to set the vehicle in motion is an essential element of the offence. If an accused demonstrates that he did not have that intention the Crown has failed to prove an essential element of the offence and the accused deserves to be acquitted.

[*R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378, applied; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *R. v. Young* (1979), 21 Nfld. & P.E.I.R. 77, distinguished; *R. v. McPhee*; *R. v. Mullen* (1975), 30 C.R.N.S. 4, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Prince Edward Island (1979), 24 Nfld. & P.E.I.R. 91 reversing a judgment of Plamondon J. on an appeal by way of stated case. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Dickson J. dissenting.

*John L. MacDougall*, for the appellant.

*Darrell E. Coombs*, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Dickson J. were delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—The issue in this appeal is narrow but it has given rise to conflict of views at both trial and appellate level for thirty years. The question is: what is the *mens rea* for the offence of having the 'care or control' of a motor vehicle while intoxicated? The relevant sections of the *Criminal Code* are ss. 236(1) and 237(1)(a), reproduced below:

236. (1) Every one who drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable

(a) for a first offence, to a fine of not more than two thousand dollars and not less than fifty dollars or to imprisonment for six months or to both;

(b) for a second offence, to imprisonment for not more than one year and not less than fourteen days; and

*Le juge en chef Laskin et le juge Dickson, dissidents*: Même si l'art. 237 porte sur des questions de preuve, on peut s'en servir pour interpréter l'ambiguïté manifeste de l'art. 236. Il crée une présomption simple de «garde» d'un véhicule à moteur, non de l'intention de le conduire. L'intention de mettre le véhicule en marche est un élément essentiel de l'infraction. Si un accusé démontre qu'il n'avait pas cette intention, la poursuite n'a pas prouvé un élément essentiel de l'infraction et l'accusé devrait être acquitté.

[Jurisprudence: arrêt suivi: *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378; distinction faite avec les arrêts: *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *R. v. Young* (1979), 21 Nfld. & P.E.I.R. 77; arrêts mentionnés: *R. v. McPhee*; *R. v. Mullen* (1975), 30 C.R.N.S. 4.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard (1979), 24 Nfld. & P.E.I.R. 91, qui a infirmé un jugement du juge Plamondon sur un appel formé par voie d'exposé de cause. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Dickson sont dissidents.

*John L. MacDougall*, pour l'appellant.

*Darrell E. Coombs*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Dickson rendus par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—La question en litige dans le présent pourvoi est restreinte, mais elle suscite des divergences d'opinions depuis trente ans, tant en première instance qu'en appel. Il s'agit de savoir en quoi consiste la *mens rea* applicable à l'infraction commise par la personne qui a la «garde» d'un véhicule à moteur alors que ses facultés sont affaiblies? Les articles pertinents du *Code criminel* sont le par. 236(1) et l'al. 237(1)a):

236. (1) Le conducteur d'un véhicule à moteur ou la personne en ayant la garde à l'arrêt dont le taux d'alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et passible,

a) pour la première infraction, d'une amende de cinquante à deux mille dollars et d'un emprisonnement de six mois, ou de l'une de ces peines;

b) pour la deuxième infraction, d'un emprisonnement de quatorze jours à un an; et

(c) for each subsequent offence, to imprisonment for not more than two years and not less than three months.

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236,

(a) where it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be deemed to have had the care or control of the vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion; . . .

Section 237, it will be noted, does not create an irrebuttable presumption of care or control. The section permits the accused to rebut the presumption if he "establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion". What if the accused successfully establishes that he did not mount the vehicle with the intention of setting it in motion? Is he then to be acquitted? In plainer terms, is an intention to set the vehicle in motion an ingredient of the offence of having care or control of a motor vehicle while in a state of intoxication? If an intention to set in motion is the *mens rea* of the offence, elementary principles of criminal law would suggest that an accused who rebuts the presumption in s. 237 must be acquitted, since the Crown has failed to prove one of the ingredients of the offence. On the other hand, if an intention to set in motion is not an essential ingredient of the offence, the accused may or may not be guilty, depending on whether the Crown can adduce other evidence to prove care or control.

The appellant, David Benjamin Ford, was charged that he did on or about March 16, 1979 at or near Ebenezer, in the County of Queens, Province of Prince Edward Island, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, unlawfully have care or control of a motor vehicle, contrary to s. 236 of the *Criminal Code* of Canada, as amended. He was found not guilty of the offence and acquitted by the Provincial Court Judge.

The Crown appealed by way of stated case from which the following facts emerge. At 11:35 p.m. on

c) pour chaque infraction subséquente, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans.

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article a 234 ou 236,

a) lorsqu'il est prouvé que le prévenu occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur, il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule, à moins qu'il n'établisse qu'il n'avait pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche; . . .

On constate que l'art. 237 ne crée pas une présomption absolue de garde. Cet article permet à l'accusé de réfuter la présomption en établissant «qu'il n'avait pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche». Qu'arrive-t-il si l'accusé réussit à établir qu'il n'a pas pris place dans ou sur le véhicule dans l'intention de le mettre en marche? Faut-il alors l'acquitter? En termes plus clairs, l'intention de mettre le véhicule en marche est-elle un élément de l'infraction commise par la personne qui a la garde d'un véhicule à moteur alors que ses facultés sont affaiblies? Si l'intention de mettre le véhicule en marche constitue la *mens rea* de l'infraction, l'accusé qui réfute la présomption de l'art. 237 doit alors être acquitté conformément aux principes élémentaires du droit criminel, puisque la poursuite n'a pas réussi à faire la preuve d'un élément de l'infraction. D'autre part, si l'intention de mettre le véhicule en marche n'est pas un élément essentiel de l'infraction, l'accusé peut être coupable ou innocent selon que la poursuite est en mesure ou non d'établir la garde par d'autres moyens de preuve.

L'appelant, David Benjamin Ford, a été accusé d'avoir illégalement eu, le 16 mars 1979 ou vers cette date, à Ebenezer ou près de cette localité, dans le comté de Queens, province de l'Île-du-Prince-Édouard, la garde d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrevenant ainsi à l'art. 236 du *Code criminel* du Canada, modifié. Il a été déclaré non coupable et acquitté par le juge de la Cour provinciale.

j La poursuite a interjeté appel par voie d'exposé de cause dont ressortent les faits suivants. A

March 16, 1979 a police constable on patrol observed motor vehicles in a field near the highway. He drove to the location and found Mr. Ford sitting behind the steering wheel of a vehicle in the seat ordinarily occupied by the driver. The dome light of the car was on, and there were five or six occupants. Ford, owner of the vehicle, had been in and out of it numerous times during the course of the evening, going from one car to another. He had turned the motor on and off a number of times because of the cold weather. During the course of the evening, because of his impaired condition, Mr. Ford had agreed with one Darla Simpson that she would drive his car when the party broke up and the car had to be driven out of the field.

The trial judge held that s. 237(1)(a) applied but he held also that when Mr. Ford entered the vehicle for the last time he had no intention of driving and had therefore discharged the onus under s. 237(1)(a). The judge further held that because Mr. Ford was sitting behind the steering wheel of the vehicle, which was running, and had not yet traded places with Darla Simpson, he still had the care or control of the vehicle but, because he had no intention to drive, he had a good defence to the charge.

The Crown questioned the validity of the decision. The question asked on the stated case was this: "Did I err in law in holding that the necessary *mens rea* for a charge under section 236 of the *Criminal Code* relating to the 'care or control' of a motor vehicle went to the intention of the accused to drive the motor vehicle or set it in motion, and not the intention to assume or have care or control of the motor vehicle?" Although the question was phrased in that manner in the case stated, the judge was of the view that the question should have taken the following form: "Did I err in law in holding that after finding an accused in care or control of a motor vehicle, he still has a defence to the charge by showing that he had no intention to drive the motor vehicle?", adding that his decision "did not equate the intention to drive with *mens*

23 h 35, le 16 mars 1979, un agent de police a aperçu des véhicules à moteur dans un champ situé à proximité de la route. Il s'est rendu sur les lieux et a découvert M. Ford assis au volant d'un véhicule, à la place ordinairement occupée par le conducteur. Le plafonnier de l'auto était allumé et il y avait cinq ou six personnes à l'intérieur du véhicule. Ford, le propriétaire du véhicule, en était sorti à plusieurs reprises au cours de la soirée, allant d'une auto à l'autre. Il avait mis le moteur en marche à plusieurs reprises à cause du froid. Au cours de la soirée, vu son état d'ébriété, M. Ford avait convenu avec une nommée Darla Simpson qu'elle conduirait l'auto à la fin de la partie, au moment de sortir du champ.

Le juge de première instance a conclu que l'al. 237(1)a s'appliquait, mais il a également conclu que lorsque M. Ford a pris place la dernière fois dans le véhicule, il n'avait pas l'intention de le conduire et qu'il s'était, par conséquent, acquitté de l'obligation prévue à l'al. 237(1)a. Le juge a en outre conclu que parce que M. Ford était assis au volant du véhicule dont le moteur était en marche et qu'il n'avait pas encore cédé sa place à Darla Simpson, il avait toujours la garde du véhicule mais que, puisqu'il n'avait pas l'intention de conduire, il jouissait d'un moyen de défense valable contre l'accusation.

La poursuite a contesté la validité de la décision. La question posée dans l'exposé de cause est la suivante: [TRADUCTION] «Ai-je commis une erreur de droit en décidant que la *mens rea* nécessaire à une accusation portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel* concernant la «garde» d'un véhicule à moteur, est l'intention de l'accusé de conduire le véhicule ou de le mettre en marche et non l'intention d'avoir la garde du véhicule à moteur?» Même si la question a été formulée de cette façon dans l'exposé de cause, le juge a exprimé l'avis qu'elle aurait dû être formulée comme suit: [TRADUCTION] «Ai-je commis une erreur de droit en décidant, après avoir conclu que l'accusé avait la garde d'un véhicule à moteur, que ce dernier peut quand même se défendre contre l'accusation en établissant qu'il n'avait pas l'intention de conduire le véhicule à moteur?», ajoutant que dans sa décision, il a [TRADUCTION] «assimilé l'intention de con-

*rea* but rather as being a defence to the charge”.

The Supreme Court of Prince Edward Island, *in banco*, in a decision reported at (1979), 24 Nfld. & P.E.I.R. 91, held that, regardless of the manner in which the question may have been framed, the trial judge had erred in holding that an absence of intention to drive the motor vehicle constituted a good defence to a charge of care or control. The reasoning of the Court was summarized in the judgment as follows:

Put briefly and succinctly, I would hold the law to be this:

- (a) Section 236 creates the offences of driving, or having the care, or having the control, of a motor vehicle while impaired;
- (b) the *mens rea* required, in the case of driving, is either the driving itself, or the intention to drive;
- (c) the *mens rea* required, in the cases of care or control, is the intention to assume such care or control;
- (d) Section 237(1)(a) creates a rebuttable presumption of intention to drive;
- (e) the successful rebuttal by the accused of that presumption negates the effect of that section, but leaves undisturbed the effect of Section 236, which then must be dealt with on its own factual merits;
- (f) a conviction may then be obtained on a driving charge if the evidence establishes actual driving;
- (g) a conviction may then be obtained on a care or control charge if the evidence, establishes an intention to drive, (apart from the statutory presumption), or alternatively if the evidence establishes an intention to assume some measure of active control over or with respect to the vehicle, notwithstanding the absence of any intention to drive [at pp. 95-96, emphasis added].

If the Court of Appeal is correct we are left with this somewhat curious situation: in a prosecution for having care or control of a motor vehicle while intoxicated, an intention to set the vehicle in motion is not an essential ingredient of the offence; nevertheless, the accused may be called upon to disprove such an intention or be convicted if the Crown invokes the presumption in s. 237. If an intention to set the vehicle in motion is not part of

duire non pas à la *mens rea* mais plutôt à un moyen de défense contre l'accusation».

Dans l'arrêt publié à (1979), 24 Nfld. & P.E.I.R. 91, la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*, a conclu que, peu importe la façon dont la question a été formulée, le juge de première instance a commis une erreur en décidant que l'absence d'intention de conduire le véhicule à moteur est un moyen de défense valable contre une accusation d'en avoir eu la garde. L'arrêt résume comme suit les motifs de la Cour:

[TRADUCTION] Brièvement, je conclus que le principe de droit applicable est le suivant:

- a) l'article 236 crée les infractions commises par la personne qui conduit un véhicule à moteur, ou en a la garde, alors que ses facultés sont affaiblies;
- b) la *mens rea* requise, en matière de conduite, est soit le fait même de conduire, soit l'intention de conduire;
- c) la *mens rea* requise en matière de garde, est l'intention d'assumer la garde;
- d) l'alinéa 237(1)a crée une présomption simple d'intention de conduire;
- e) la réfutation par l'accusé de cette présomption annule l'effet de cet alinéa, mais ne change rien à l'effet de l'art. 236 qu'il faut alors traiter en fonction de sa propre valeur factuelle;
- f) une déclaration de culpabilité peut être prononcée à l'égard d'une accusation de conduite si la preuve établit qu'il y a eu réellement conduite;
- g) une déclaration de culpabilité peut être prononcée à l'égard d'une accusation de garde si la preuve établit (autrement que par la présomption légale) l'intention de conduire, ou si la preuve établit l'intention d'assumer une garde réelle du véhicule, nonobstant l'absence d'intention de conduire [aux pp. 95 et 96; c'est moi qui souligne].

Si la Cour d'appel a raison, nous nous trouvons devant une situation assez bizarre: lorsqu'une personne est poursuivie pour le motif qu'elle a eu la garde d'un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies, l'intention de mettre le véhicule en marche n'est pas un élément essentiel de l'infraction; néanmoins, l'accusé peut être appelé à réfuter cette intention ou être déclaré coupable si la poursuite invoque la présomption de l'art. 237.



the *mens rea* of the offence, why should the accused be concerned with disproving such intention?

There are many authorities on the *mens rea* of a care or control offence under s. 236, with various views expressed. There is one decision of this Court, *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, which obliquely discusses the point. This discussion is admittedly *obiter dicta*, since the issue in that case was the meaning of the word 'establishes' in s. 237. Ritchie J., writing for the majority of the Court, held that s. 237 required the accused to prove, on a balance of probabilities, that he did not have an intention to set the vehicle in motion. Ritchie J. also commented, however, that if an accused could succeed in disproving this intention, he should be acquitted:

In giving effect to the statutory presumption created by s. 224A(1)(a) in relation to a charge under s. 222, the position is that if it is proved that the accused was impaired by alcohol or a drug, and it is further proved that he was, at the relevant time, occupying [*sic*] the seat ordinarily occupied by the driver, he shall be deemed to have had the care or control of the vehicle, but the accused has the opportunity of rebutting this presumption if he "establishes" by the balance of probabilities "that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion".

If the accused cannot so satisfy the court then the statutory presumption prevails and he is guilty of an offence under s. 222, but, if he is able to provide the requisite evidence he must be acquitted [at p. 316].

Mr. Justice Ritchie based his observations on the discussion of statutory presumptions by Lord Diplock in *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, at p. 232:

Generally speaking, no onus lies upon a defendant in criminal proceedings to prove or disprove any fact: it is sufficient for his acquittal if any of the facts which, if they existed, would constitute the offence with which he is charged, are "not proved." But exceptionally, as in the present case, an enactment creating an offence expressly provides that if other facts are proved, a particular fact, the existence of which is a necessary factual ingredient of the offence, shall be presumed or deemed to exist

Si l'intention de mettre le véhicule en marche n'est pas incluse dans la *mens rea* de l'infraction, pourquoi l'accusé devrait-il être appelé à réfuter cette intention?

<sup>a</sup> Divers points de vue sont exprimés dans un bon nombre d'arrêts concernant la *mens rea* de l'infraction que prévoit l'art. 236 en matière de garde. Un arrêt de cette Cour, *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, traite incidemment cette question. Il est admis qu'il s'agit d'un *obiter*, puisque la question en litige dans cet arrêt porte sur le sens du verbe «établir» utilisé à l'art. 237. Le juge Ritchie, qui a rédigé les motifs de la majorité de la Cour, a conclu que l'art. 237 exige que l'accusé prouve, suivant la prépondérance des probabilités, qu'il n'avait pas l'intention de mettre le véhicule en marche. Toutefois, le juge Ritchie a également fait observer que doit être acquitté l'accusé qui réussit à établir qu'il n'avait pas cette intention:

<sup>e</sup> Si l'on donne effet à la présomption légale créée à l'art. 224A(1)a) relativement à une accusation portée en vertu de l'art. 222, nous avons la situation suivante: s'il est prouvé que les facultés du prévenu étaient affaiblies par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, et que de plus, il occupait au moment pertinent la place ordinairement occupée par le conducteur, ce prévenu est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule, mais il a l'occasion de repousser cette présomption s'il «établit» par la balance des probabilités «qu'il n'était pas entré ou qu'il n'était pas monté dans le véhicule afin de le mettre en marche».

<sup>g</sup> Si le prévenu ne peut pas convaincre la cour, la présomption légale l'emporte et il est alors coupable d'une infraction en vertu de l'art. 222, mais s'il peut présenter la preuve requise, il doit être acquitté [à la p. 316].

<sup>h</sup> Le juge Ritchie a fondé ses observations sur l'analyse des présomptions légales faite par lord Diplock dans l'arrêt *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, à la p. 232:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] En règle générale, dans des procédures criminelles, le défendeur n'a pas à prouver ou à réfuter quelque fait que ce soit: pour qu'il soit acquitté, il suffit que l'un des faits qui, s'il existait, constituerait l'infraction dont il est accusé, «ne soit pas prouvé». Mais il arrive exceptionnellement, comme en l'espèce, que la loi créant une infraction prévoit expressément que si d'autres faits sont prouvés, un fait précis, dont l'existence constitue un élément essentiel de l'infraction, sera

“unless the contrary is proved.” In such a case the consequence of finding that that particular fact is “disproved” will be an acquittal, whereas the absence of such a finding will have the consequence of a conviction.

As Lord Diplock points out, the effect of a “reverse onus” clause is to force the accused either to prove or disprove the existence of a particular set of facts. This set of facts is always an essential ingredient of the offence. It would be peculiar to suppose otherwise. If the facts are not an essential ingredient of the offence, then how can ‘disproving’ them possibly assist the accused? A reverse onus clause makes sense only if the particular facts are understood as being essential to the commission of the offence.

Various propositions have been advanced as to the *mens rea* of care or control of a motor vehicle. It has been said by some to be the intention to assume care or control of the vehicle but, standing by itself, this is unsatisfactory as it does not serve to limit or define the already vague *actus reus* of care and control. It has been said by others to be the intention to drive the vehicle. There has been a reluctance to adopt this proposition, perhaps because of confusion with the *mens rea* of the driving offence. If “intention to drive” is the *mens rea* of the driving offence how, one might ask, can it also be the *mens rea* of the care or control offence? The use of the word “intention” is misleading in this context. An “intention to drive” while one is driving is not the same as the “intention to drive” demonstrated by a person putting keys in an ignition and his foot on the accelerator. The latter is more properly “intention to set the car in motion”. This latter proposition has also been advanced as the *mens rea* required to constitute the offence, and, as it is the language used in s. 237(1)(a), it would certainly seem to be that most consonant with the legislation.

The use of ‘intention to set in motion’ as the *mens rea* for the offence of care or control has a number of virtues. It narrows the vague “intention

préssumé ou réputé exister «à moins que le contraire ne soit prouvé». En pareil cas, la conclusion que ce fait précis est «réfuté» entraîne un acquittement, alors que l’absence d’une telle conclusion entraîne une déclaration de culpabilité.

Comme le souligne lord Diplock, une disposition qui prévoit le [TRADUCTION] «renversement du fardeau de la preuve» a pour effet de forcer l’accusé à prouver ou à réfuter l’existence d’un ensemble de faits précis. Cet ensemble de faits est toujours un élément essentiel de l’infraction. Il serait étrange de supposer qu’il en est autrement. Si les faits ne sont pas des éléments essentiels de l’infraction, en quoi alors leur «réfutation» pourrait-elle être utile à l’accusé? Une disposition qui prévoit le renversement du fardeau de la preuve ne se justifie que si les faits donnés sont considérés comme essentiels à la perpétration de l’infraction.

Diverses thèses ont été énoncées au sujet de la *mens rea* de l’infraction relative à la garde d’un véhicule à moteur. Certains l’ont décrite comme l’intention d’assumer la garde du véhicule mais, considérée isolément, cette thèse est insatisfaisante étant donné qu’elle ne permet pas de circonscrire ou de définir la notion déjà imprécise de l’*actus reus* de la garde. D’autres l’ont décrite comme l’intention de conduire le véhicule. On hésite à souscrire à cette thèse peut-être à cause de la confusion avec la *mens rea* de l’infraction relative à la conduite. Si «l’intention de conduire» est la *mens rea* de l’infraction en matière de conduite, comment, pourrait-on se demander, peut-elle être aussi la *mens rea* de l’infraction relative à la garde? L’emploi du mot «intention» est trompeur dans ce contexte. L’«intention de conduire» chez la personne qui conduit est différente de l’«intention de conduire» que manifeste la personne qui met la clé dans le contact et le pied sur l’accélérateur. Il s’agit plutôt dans ce dernier cas de «l’intention de mettre l’auto en marche». Cette dernière thèse a également été présentée comme constituant la *mens rea* essentielle à l’infraction et, puisque c’est le langage utilisé à l’al. 237(1)a), elle semble être certainement la plus compatible avec la loi.

L’utilisation de «l’intention de mettre en marche» comme *mens rea* de l’infraction relative à la garde offre plusieurs avantages. Elle restreint la

to assume care or control” and gives precision and focus to the offence. It is consistent with legislative intent as evidenced in s. 237(1)(a). It is more closely connected to the mischief which the legislator seeks to control and it eliminates the more extreme and absurd results which are within the realm of the imagination.

Whether or not the intention exists is, of course, a determination for the trial judge to make. An accused may deny any intention to set the vehicle in motion but the trial judge is in a position to believe or disbelieve him in the circumstances of each case.

In the present case the Court of Appeal states that s. 237 creates a rebuttable presumption of intention to drive in proposition (d) cited above. With respect, this is simply wrong. Section 237 creates a rebuttable presumption of having ‘care or control’ over a motor vehicle. The presumption may be rebutted by the accused if he can establish that he did not have an intention to set the vehicle in motion.

The error in proposition (d) opens the way for the Court to conclude, in propositions (e) and (f), that the rebuttal of the presumption in s. 237 does not lead to an acquittal under s. 236. The Court treats the two sections as though they were directed towards different offences. Section 237, apparently, creates a rebuttable ‘intention to drive’. This intention is, in the Court’s view, irrelevant to the intention to assume care or control: therefore, rebutting the presumption in s. 237 “leaves undisturbed the effect of section 236” (proposition (e)).

Consider the following situation. Suppose that the Crown’s only evidence of care or control was the fact that an accused was sitting in the driver’s seat. The accused then adduces evidence to establish that he did not intend to set the vehicle in motion. In such a case, on the view of the Court of Appeal in this case, the accused would have to be acquitted. The accused could only be convicted if the Crown adduced some further evidence to establish care or control and the Crown, in the example I have given, failed to do so. Thus the accused would be acquitted.

notion imprécise de «l’intention d’assumer la garde» et précise l’infraction. Elle est compatible avec l’intention du législateur manifestée à l’al. 237(1)a). Elle se rapporte davantage au méfait que le législateur cherche à réprimer et elle élimine les résultats plus extrêmes et absurdes qui relèvent du domaine de l’imagination.

Evidemment, il appartient au juge du procès de décider si l’intention existe. Un accusé peut nier toute intention de mettre le véhicule en marche, mais le juge du procès est à même de le croire ou de ne pas le croire suivant les circonstances particulières de chaque cas.

En l’espèce, la Cour d’appel affirme, à l’alinéa d) du résumé de ses motifs précité, que l’art. 237 crée une présomption simple de l’intention de conduire. Avec égards, cette affirmation est tout simplement erronée. L’article 237 crée une présomption simple de «garde» d’un véhicule à moteur. L’accusé peut réfuter la présomption en établissant qu’il n’avait pas l’intention de mettre le véhicule en marche.

L’erreur de l’alinéa d) amène la cour à conclure, aux alinéas e) et f), que la réfutation de la présomption de l’art. 237 ne mène pas à un acquittement aux termes de l’art. 236. La cour aborde les deux articles comme s’ils visaient des infractions différentes. De toute évidence, l’art. 237 crée une présomption simple «d’intention de conduire». De l’avis de la cour, cette intention est sans rapport avec l’intention d’assumer la garde: par conséquent, la réfutation de la présomption de l’art. 237 «ne change rien à l’effet de l’art. 236» (alinéa e)).

Examinons la situation suivante. A supposer que la poursuite ait comme seule preuve de la garde le fait que l’accusé occupait la place du conducteur. L’accusé produit alors une preuve établissant qu’il n’avait pas l’intention de mettre le véhicule en marche. Dans ce cas, selon l’avis de la Cour d’appel en l’espèce, l’accusé doit être acquitté. L’accusé ne peut être déclaré coupable que si la poursuite produit d’autres éléments de preuve permettant d’établir la garde, ce qu’elle n’a pas fait dans l’exemple que j’ai donné. Ainsi, l’accusé serait acquitté.

Such a result would be strange indeed if an intention to set the vehicle in motion were not an essential ingredient of the offence of having care or control over a motor vehicle while intoxicated. The accused would be acquitted by proving something which, according to the Court of Appeal, was totally extraneous to the offence. How can proving an irrelevant fact rebut anything? Such a proposition offends common sense and must be wrong.

The problem with which we are faced began even in the manner in which the question was framed in the courts below and in this Court. The Court of Appeal was faced with the question of whether a lack of intention to drive was a 'defence' to a charge of impaired driving. The Court of Appeal answered this question in the negative.

In my view, it is incorrect to ask whether a lack of intention to drive is a 'defence' to a charge. The accused in this case is not asserting that lack of intention to drive is a positive defence. Rather, his argument is that an intention to set the vehicle in motion is the mental element of the offence of 'care or control' under s. 236. Thus if an accused does not have an intention to set the vehicle in motion he has not really established a 'defence'; he has demonstrated that the Crown has failed to prove an essential element of the offence and thus deserves to be acquitted.

It is obvious that simply clarifying the issue does not resolve the appeal. The question which arises is this: on what basis can it be said that an 'intention to set the vehicle in motion' forms the mental element of the offence under s. 236?

Section 236 itself does not specify the requisite mental element for the offence of care or control. The section specifies that if one has "care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not", and one's blood alcohol level exceeds a certain level, then an offence has been committed. The section does not specifically indicate the

Ce résultat serait singulier si l'intention de mettre le véhicule en marche n'était pas un élément essentiel de l'infraction commise par la personne qui a la garde d'un véhicule à moteur alors que ses facultés sont affaiblies. L'accusé serait acquitté en prouvant quelque chose qui, selon la Cour d'appel, n'a absolument rien à voir avec l'infraction. Comment la preuve d'un fait non pertinent peut-elle permettre de réfuter quoi que ce soit? Cette thèse est contraire au bon sens et nécessairement erronée.

Le problème qui se pose en l'espèce découle même de la façon dont la question a été formulée devant cette Cour et les cours d'instance inférieure. On a demandé à la Cour d'appel si l'absence d'intention de conduire est un «moyen de défense» qui peut être invoqué par la personne accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que ses facultés étaient affaiblies. La Cour d'appel a répondu négativement à cette question.

A mon avis, il est erroné de se demander si l'absence d'intention de conduire constitue un «moyen de défense» contre une accusation. L'accusé en l'espèce ne soutient pas que l'absence d'intention de conduire est un moyen de défense absolu. Il fait plutôt valoir que l'intention de mettre le véhicule en marche est l'élément moral de l'infraction de «garde» visée à l'art. 236. Donc, si l'accusé n'avait pas l'intention de mettre le véhicule en marche, cela ne constitue pas vraiment un «moyen de défense»; il démontre que, puisque la poursuite n'a pas prouvé un élément essentiel de l'infraction, il devrait être acquitté.

Il est évident que le simple fait de clarifier la question ne résout pas le pourvoi. La question qui se pose est la suivante: comment peut-on affirmer que «l'intention de mettre le véhicule en marche» constitue l'élément moral de l'infraction prévue à l'art. 236?

L'article 236 lui-même ne précise pas l'élément moral requis pour qu'il y ait une infraction de garde. L'article précise que si une personne a «la garde [d'un véhicule à moteur] à l'arrêt» et que son taux d'alcoolémie dépasse un certain niveau, une infraction est alors commise. L'article ne spécifie pas l'élément moral requis pour établir «la

mental element required to establish 'care or control'. Is the mental element the intention to have care or control? On this view an individual who is sitting in his living room with the keys to his car in his pocket has the mental element necessary to constitute the offence. Care or control in the *Criminal Code* should not be confused with the *indicia* of possession under the law of property. An intention simply to exclude others from control is not sufficient; in my view one must also have an intention to set the vehicle in motion before one comes within the subsection.

Surely it is legitimate for a court to look at s. 237 in order to assist it in resolving the ambiguity present in s. 236. We are expected to read the sections in their entirety in an attempt to give meaning to a part thereof.

I do not think it helps in the resolution of the question before the Court to argue that s. 237 is concerned with evidentiary matters only and therefore the offence created by s. 236 remains unaffected by it. I do not suggest that s. 237 somehow alters s. 236 or creates a positive defence to the charge under s. 236. I agree that s. 237 is concerned with evidentiary matters. However this does not mean that we cannot look to s. 237 as an aid to interpreting the patent ambiguity in s. 236.

In my view s. 237 is available as an important interpretative aid in determining the *mens rea* for a charge under s. 236. Section 237 becomes absurd unless an intention to put the vehicle in motion is part of the mental element of care or control under s. 236. Otherwise, if the Crown is right, s. 237 is the only section in the *Code* which imputes a certain mental element to an accused even though that mental element is not the *mens rea* of the offence.

Assuming that an intention to set the vehicle in motion constitutes the mental element of the offence, what is the result if the accused can demonstrate that he did not have that intention? The question answers itself. If an essential element of the offence is lacking, then the accused must be

garde». Cet élément est-il l'intention d'avoir la garde? Dans l'affirmative, la personne qui est assise dans son salon et qui a dans sa poche les clés de son auto possède l'élément moral nécessaire à l'infraction. La garde, dans le *Code criminel*, ne doit pas être confondue avec la présomption de possession en droit des biens. La simple intention d'empêcher d'autres personnes d'avoir la garde ne suffit pas; à mon avis, pour qu'une personne soit visée par ce paragraphe, elle doit aussi avoir l'intention de mettre le véhicule en marche.

Il est certain qu'une cour peut légitimement examiner l'art. 237 pour tenter de résoudre l'ambiguïté que présente l'art. 236. On s'attend à ce que nous lisions les articles au complet pour tenter d'établir le sens d'une partie d'un article.

Je ne crois pas qu'il soit utile, pour résoudre la question soumise à la Cour, de faire valoir que l'art. 237 ne porte que sur des questions de preuve et que, par conséquent, il ne touche pas à l'infraction créée par l'art. 236. Je ne prétends pas que l'art. 237 modifie de quelque façon l'art. 236 ou qu'il crée un moyen de défense absolu contre l'accusation portée en vertu de l'art. 236. Je reconnais que l'art. 237 porte sur des questions de preuve. Cela ne signifie pas toutefois qu'on ne peut pas se servir de l'art. 237 pour interpréter l'ambiguïté manifeste de l'art. 236.

A mon avis, l'art. 237 peut être utilisé comme un outil d'interprétation important pour déterminer la *mens rea* relative à une accusation portée en vertu de l'art. 236. L'article 237 n'a de sens que si l'intention de mettre le véhicule en marche fait partie de l'élément moral de la garde au sens de l'art. 236. Autrement, si on donne raison à la poursuite, l'art. 237 est le seul article du *Code* qui impute à un accusé un certain élément moral même si cet élément n'est pas la *mens rea* de l'infraction.

Si on suppose que l'intention de mettre le véhicule en marche constitue l'élément moral de l'infraction, qu'arrive-t-il si l'accusé peut établir qu'il n'avait pas cette intention? La réponse se trouve dans la question même. En l'absence d'un élément essentiel de l'infraction, l'accusé doit être acquitté.

acquitted. The Crown has simply failed to prove its case.

Normally, the rule is that the Crown must prove the elements of the offence beyond a reasonable doubt. It is obvious that the Crown may have trouble proving that an accused sitting in a car had the intention of setting the car in motion. Section 237 changes that. It alters the burden of proof in favour of the Crown. If an accused is found sitting in the driver's seat, we presume that he had an intention to set the vehicle in motion. It will then rest on him to disprove that he had any such intention. His proof will be on a balance of probabilities. If he succeeds why should he not be acquitted, as his conduct is not within the mischief aimed at?

Quite apart from authority, it seems to me that the appellant's position is the stronger one, simply on the basis of statutory construction and the nature and effect of statutory presumptions. I must say, however, that I am in agreement with the views of Jessup J.A., speaking for a unanimous Ontario Court of Appeal (Jessup, Dubin and Martin J.J.A.) in *R. v. McPhee; R. v. Mullen* (1975), 30 C.R.N.S. 4:

In a prosecution under s. 234 [now s. 236] if the only proof offered by the Crown of care or control is that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle and the accused establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion, the accused must be acquitted. It follows therefore, in my opinion, that in a prosecution under s. 234 it is an essential element of the offence that the accused had the purpose or intention of setting the vehicle in motion, either personally or through the agency of a driver he controlled. The accused must have the intent to assume control over the operation of the car [at pp. 6-7].

Leave to appeal to this Court from this decision was dismissed on June 16, 1975.

*R. v. McPhee; R. v. Mullen, supra*, was applied in *R. v. White* (1979), 47 C.C.C. (2d) 353, (Ont. C.A.). Martin J.A. speaking for a Court consisting of himself, Howland C.J.O. and Brooke J.A. said:

La poursuite n'a simplement pas réussi à prouver ses allégations.

Normalement, il est de règle que la poursuite soit tenue de prouver les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Il est évident que la poursuite peut avoir de la difficulté à prouver qu'un accusé qui prenait place dans une auto avait l'intention de la mettre en marche. L'article 237 modifie cela. Il renverse le fardeau de la preuve en faveur de la poursuite. Si on établit que l'accusé occupait la place du conducteur, on suppose qu'il avait alors l'intention de mettre le véhicule en marche. Il lui appartient alors de prouver qu'il n'avait pas cette intention. Sa preuve sera faite suivant la prépondérance des probabilités. L'accusé qui réussit à faire cette preuve ne devrait-il pas être acquitté, étant donné que sa conduite ne constitue pas le méfait visé?

Indépendamment de la jurisprudence, il me semble que la thèse de l'appelant est la meilleure, compte tenu simplement de l'interprétation de la loi et de la nature et de l'effet des présomptions légales. Je dois dire, cependant, que je souscris aux motifs rédigés par le juge Jessup dans l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Jessup, Dubin et Martin) *R. v. McPhee; R. v. Mullen* (1975), 30 C.R.N.S. 4:

[TRADUCTION] Dans une poursuite en vertu de l'art. 234 [maintenant l'art. 236], si la seule preuve de la garde présentée par la poursuite est que l'accusé occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur et si l'accusé établit qu'il n'a pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche, l'accusé doit être acquitté. Il s'ensuit donc, à mon avis, que dans une poursuite en vertu de l'art. 234, l'intention de l'accusé de mettre le véhicule en marche, lui-même ou par l'entremise d'un conducteur sous son autorité, est un élément essentiel de l'infraction. L'accusé doit avoir l'intention d'assumer le contrôle de l'automobile [aux pp. 6 et 7].

L'autorisation d'appeler de cette décision auprès de cette Cour a été refusée le 16 juin 1975.

L'arrêt *R. v. McPhee; R. v. Mullen*, précité, a été appliqué dans l'arrêt *R. v. White* (1979), 47 C.C.C. (2d) 353 (C.A. Ont.). Le juge Martin, s'exprimant au nom du juge en chef Howland et du juge Brooke qui siégeaient avec lui, a déclaré ce qui suit:

This Court held in *R. v. McPhee; R. v. Mullen* (1975), 25 C.C.C. (2d) 412, 9 O.R. (2d) 687, 30 C.R.N.S. 4, that an intention to operate the motor vehicle is an essential element of "care or control". A fair reading of the appellant's evidence supports a conclusion that he had abandoned any intention of driving his motor vehicle after it had become stuck in the ditch. If the appellant did not intend to operate the vehicle after he had consumed the liquor, subsequent to the car going into the ditch, the offence was not established [at p. 354].

I would add only this. If I should be wrong and intent to set the vehicle in motion is not an ingredient of the offence of care or control I would nonetheless enter an acquittal in this case as Mr. Ford rebutted the presumption under s. 237(1)(a) and the Crown has not in my opinion adduced further evidence sufficient to warrant a finding of care or control.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the verdict of acquittal rendered at trial.

The judgment of Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Prince Edward Island, holding that the learned trial judge had erred in holding that an absence of intention to drive a motor vehicle constituted a good defence to a charge of care or control under s. 236 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and ordering that this matter be remitted back to His Honour Provincial Judge Bertrand R. Plamondon for disposition in conformity with the judgment of the Appeal Division.

The facts of this case are not in dispute and are fully set out in the case stated by the learned provincial judge which reads as follows:

1. On the 2nd day of May, 1979, an Information was laid under oath before E. Dorothy Kitson, Justice of the Peace for the Province of Prince Edward Island, by Donald Gosse, a member of the Royal Canadian Mounted Police, for that the above-named David Benjamin

[TRADUCTION] Cette Cour a conclu dans l'arrêt *R. v. McPhee; R. v. Mullen* (1975), 25 C.C.C. (2d) 412, 9 O.R. (2d) 687, 30 C.R.N.S. 4, que l'intention de faire fonctionner le véhicule à moteur est un élément essentiel de la «garde». Une lecture objective du témoignage de l'appelant renforce la conclusion qu'il avait renoncé à conduire son véhicule après qu'il se fut embourbé dans le fossé. Si l'appelant n'avait pas l'intention de faire fonctionner le véhicule après avoir consommé de l'alcool et après que l'auto fût allée dans le fossé, l'infraction n'est pas prouvée [à la p. 354].

J'ajouterai seulement ce qui suit: même à supposer que j'aie tort et que l'intention de mettre le véhicule en marche ne soit pas un élément de l'infraction de garde, j'ordonnerais néanmoins un acquittement en l'espèce puisque M. Ford a réfuté la présomption de l'al. 237(1)a) et que la poursuite, à mon avis, n'a fourni aucun autre élément de preuve suffisant pour conclure qu'il avait la garde.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le verdict d'acquittement prononcé en première instance.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le présent pourvoi, autorisé par cette Cour, vise un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard qui a décidé que le savant juge de première instance a commis une erreur quand il a conclu que l'absence d'intention de conduire un véhicule à moteur constituait un moyen de défense valable contre une accusation d'en avoir eu la garde au sens de l'art. 236 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et qui a ordonné que l'affaire soit renvoyée au juge Bertrand R. Plamondon de la Cour provinciale pour qu'il rende une décision conforme à l'arrêt de la Division d'appel.

Les faits en l'espèce ne sont pas contestés et sont énoncés en entier dans l'exposé de cause du juge de la Cour provinciale qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 1. Le 2 mai 1979, Donald Gosse, un agent de la Gendarmerie royale du Canada, a fait une dénonciation sous serment devant E. Dorothy Kitson, un juge de paix de l'Île-du-Prince-Édouard, portant que ledit David Benjamin Ford a illégalement eu, le 16 mars

Ford did on or about the 16th day of March A.D. 1979, at or near Ebenezer, in the County of Queens, Province of Prince Edward Island, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion in his blood exceeded 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, unlawfully have care or control of a motor vehicle, contrary to Section 236 of the Criminal Code of Canada and amendments thereto. On the 9th day of May A.D. 1979, the said charge was duly read before me in the presence of the accused and after hearing the evidence adduced and submissions made on behalf of the Crown and the accused, I found the said David Benjamin Ford not guilty of the said offence and acquitted him. At the request of Darrell E. Coombs, Solicitor for Her Majesty the Queen, I state the following case for the consideration of this Honourable Court.

(i) It was shown before me that Cst. W. Gairns was patrolling in the Ebenezer area in Queens County, Province of Prince Edward Island, on Highway No. 224 at the hour of 11.35 p.m., on the 16th day of March, 1979.

(ii) Some motor vehicles attracted his attention in a field nearby the highway and he drove the police car to the location.

(iii) The officer found the accused sitting behind the steering wheel in the seat ordinarily occupied by the driver, the dome light of one vehicle was on and there were five or six occupants in this particular vehicle.

(iv) As a result of his observation of the accused, (the usual signs of impairment), the said officer made forthwith at 11.45 p.m. a demand on the accused to provide samples of his breath, which demand the accused understood and agreed to provide.

(v) The officer and the accused proceeded to Charlottetown detachment, where breathalyzer tests were performed on the accused and a copy of the certificate together with a notice of intention to produce the certificate was served on the accused on the 17th day of March, 1979, the said certificate showing that at the hour of 12.42 a.m. on the 17th day of March, 1979, the result of the chemical analysis shows a reading of 190 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, and at the hour of 1.06 a.m. on the 17th day of March, 1979, the result of the chemical analysis was 170 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

(vi) The accused, who owns the car, had been in and out of the motor vehicle numerous times during the course of the evening, going from one car to the other, and had also turned the motor of his motor vehicle on and off a number of times because of the cold weather.

(vii) During the course of the evening, because of his impaired condition, the accused had agreed with one Darla Simpson for her to drive the accused's motor

1979 ou vers cette date, à Ebenezer ou près de cette localité, dans le comté de Queens, province de l'Île-du-Prince-Édouard, la garde d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, contrairement à l'art. 236 du Code criminel du Canada, modifié. Le 9 mai 1979, cette accusation a été dûment lue devant moi en présence de l'accusé et, après avoir entendu la preuve et les arguments présentés au nom de la poursuite et de l'accusé, j'ai déclaré ledit David Benjamin Ford non coupable de cette infraction et je l'ai acquitté. A la demande de Darrell E. Coombs, représentant du ministère public, je sou mets l'exposé de cause suivant à l'examen de cette cour.

i) Il a été démontré devant moi que le constable W. Gairns était en patrouille dans la région d'Ebenezer, dans le comté de Queens, province de l'Île-du-Prince-Édouard, sur la route 224, à 23 h 35 le 16 mars 1979.

ii) Après avoir aperçu certains véhicules à moteur dans un champ près de la route, il a conduit son véhicule de patrouille à cet endroit.

iii) Le policier a découvert l'accusé assis au volant d'une automobile, à la place habituellement occupée par le conducteur, le plafonnier de l'auto était allumé et il y avait cinq ou six personnes à l'intérieur du véhicule.

iv) Après avoir observé chez l'accusé les signes habituels de l'état d'ébriété, le policier l'a sommé sur-le-champ, à 23 h 45, de fournir des échantillons de son haleine, ce que l'accusé a compris et accepté de faire.

v) Le policier et l'accusé se sont rendus au poste de Charlottetown où on a analysé des échantillons de l'haleine de l'accusé; le 17 mars 1979, une copie du certificat ainsi qu'un avis de l'intention de produire le certificat ont été signifiés à l'accusé; ce certificat indique qu'à 0 h 42 le 17 mars 1979, le résultat de l'analyse chimique indiquait la présence de 190 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, et qu'à 1 h 06 le 17 mars 1979, le résultat de l'analyse chimique indiquait la présence de 170 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

vi) L'accusé, qui est propriétaire de l'automobile, est sorti de l'auto à plusieurs reprises au cours de la soirée, allant d'une auto à l'autre, et il a également mis en marche le moteur de son véhicule à plusieurs reprises à cause du froid.

vii) Au cours de la soirée, vu son état d'ébriété, l'accusé a convenu avec une nommée Darla Simpson qu'elle



vehicle when the party was going to break up and the car had to be driven out of the field.

2. I held that Section 237(1)(a) applied to the case at bar and when the accused entered the motor vehicle the last time, he had no intention to drive, therefore, he had discharged the onus under Section 237(1)(a). However, because the accused was still sitting behind the steering wheel of his own motor vehicle which was running and had not yet traded places with Darla Simpson, I held that he still had the care and control of the motor vehicle, *but because he had no intention to drive, I held that he had a good defence to the charge of having the care and control of a motor vehicle.* [The italics are my own.]

3. The Appellant, Her Majesty the Queen, desires to question the validity of the decision on the ground that it is erroneous in point of law, the grounds of appeal as stated by the Appellant being,

“Did I err in law in holding that the necessary *mens rea* for a charge under Section 236 of the Criminal Code relating to the care and control of a motor vehicle went to the intention of the accused to drive the motor vehicle or set it in motion and not the intention to assume or have care and control of the motor vehicle?”

4. It is humbly submitted that the question as framed is not supported by my decision but should take the following form,

“Did I err in law in holding that after finding an accused in care or control of a motor vehicle, he still has a defence to the charge by showing that he had no intention to drive the motor vehicle?”

It is submitted that my decision did not equate the intention to drive with means *rea* [*sic*] but rather as being a defence to the charge.

In the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of the Appeal Division of the Supreme Court of Prince Edward Island, Mr. Justice McQuaid answered the question so posed in the following terms:

Regardless of the manner in which the question put to this Court may have been framed, I am of opinion, and hold, that the learned trial judge did err in holding that an absence of intention to drive a motor vehicle constituted a good defence to a charge of care or control.

conduirait le véhicule de l'accusé à la fin de la partie, au moment de sortir du champ.

2. J'ai conclu que l'al. 237(1)a s'applique en l'espèce et que lorsque l'accusé a pris place la dernière fois dans le véhicule, il n'avait pas l'intention de le conduire et qu'il s'était, par conséquent, acquitté de l'obligation prévue à l'al. 237(1)a. Toutefois, parce que l'accusé était toujours assis au volant de son propre véhicule dont le moteur était en marche et qu'il n'avait pas encore cédé sa place à Darla Simpson, j'ai conclu qu'il avait toujours la garde du véhicule *mais, parce qu'il n'avait pas l'intention de conduire, j'ai conclu qu'il jouissait d'un moyen de défense valable contre l'accusation d'avoir eu la garde d'un véhicule à moteur.* [Les italiques sont de moi.]

3. L'appelante, Sa Majesté la Reine, souhaite contester la validité de cette décision pour le motif qu'elle est erronée en droit, et elle énonce comme suit les moyens d'appel:

«Ai-je commis une erreur de droit en décidant que la *mens rea* nécessaire à une accusation portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel* concernant la garde d'un véhicule à moteur, est l'intention de l'accusé de conduire le véhicule ou de le mettre en marche et non l'intention d'avoir la garde du véhicule à moteur?»

4. Je soutiens avec égards que la question ainsi formulée ne correspond pas à la décision que j'ai rendue et qu'elle devrait être formulée comme suit:

«Ai-je commis une erreur de droit en décidant, après avoir conclu que l'accusé avait la garde d'un véhicule à moteur, que ce dernier peut quand même se défendre contre l'accusation en établissant qu'il n'avait pas l'intention de conduire le véhicule à moteur?»

Je soutiens que, dans ma décision, j'ai assimilé l'intention de conduire non pas à la *mens rea* mais plutôt à un moyen de défense contre l'accusation.

Dans les motifs du jugement rendu au nom de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, le juge McQuaid a répondu en ces termes à la question ainsi posée:

[TRADUCTION] Peu importe la façon dont la question soumise à cette Cour a pu être formulée, je suis d'avis et je conclus que le savant juge de première instance a commis une erreur en décidant que l'absence d'intention de conduire un véhicule à moteur est un moyen de défense valable contre une accusation d'en avoir eu la garde.

The notice of appeal to this Court raises the following two grounds of appeal:

1. Whether the Supreme Court of Prince Edward Island, in *Banco* erred in holding that an absence of intention to drive a motor vehicle does not constitute a valid defence to a charge under section 236 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970 - Cap. C-34;
2. Whether the Supreme Court of Prince Edward Island, in *Banco* erred in reversing the position it had adopted with respect to the above-noted defence in *R. v. Young* (1979), 21 Nfld. & P.E.I.R. 77 (P.E.I. S.C. In *Banco*).

The disposition of this appeal turns in great measure upon the answer to the first question and is dependant upon whether or not s. 237 of the *Code* is to be construed as importing an element of "intent to drive" into the offence of "care or control" which is created by s. 236. The relevant provisions of s. 236 read as follows:

236. (1) Every one who drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable . . .

It is to be noted that the offence of "care or control" created by this section is not dependant upon the motor vehicle being in motion, but it is nevertheless contended that s. 237(1)(a) is to be construed as meaning that the question of whether or not at the time when the accused entered or mounted the vehicle it was "for the purpose of setting it in motion" is central to a determination of his guilt or innocence under s. 236. Section 237 (1)(a) provides:

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236,

(a) where it is proved that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle, he shall be deemed to have had the care or control of the vehicle unless he establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion; . . .

I should say at the outset that I am in agreement with the Appeal Division, for the reasons

L'avis d'appel à cette Cour énonce les deux moyens d'appel suivants:

[TRADUCTION]

1. La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in Banco*, a-t-elle commis une erreur en décidant que l'absence d'intention de conduire un véhicule à moteur n'est pas un moyen de défense valable contre une accusation portée en vertu de l'article 236 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34?
2. La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in Banco*, a-t-elle commis une erreur en revenant sur la position qu'elle a adoptée relativement au moyen de défense précité, dans l'arrêt *R. v. Young* (1979), 21 Nfld. & P.E.I.R. 77 (C.S. Î.-P.-É., *in Banco*)?

L'issue du présent pourvoi est fonction, dans une large mesure, de la réponse à la première question et de la question de savoir si l'art. 237 du *Code* doit s'interpréter comme assortissant d'un élément d'intention de conduire l'infraction de «garde» créée par l'art. 236. La partie pertinente de l'art. 236 se lit comme suit:

236. (1) Le conducteur d'un véhicule à moteur ou la personne en ayant la garde à l'arrêt dont le taux d'alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et passible, . . .

Il faut remarquer que le véhicule ne doit pas nécessairement être en marche pour qu'il y ait infraction de «garde» au sens de cet article, mais on fait néanmoins valoir que l'al. 237(1)a) doit s'interpréter comme signifiant qu'il est nécessaire de déterminer si l'accusé a pris place dans ou sur le véhicule «afin de le mettre en marche» pour établir sa culpabilité ou son innocence aux termes de l'art. 236. L'alinéa 237(1)a) dispose:

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236,

a) lorsqu'il est prouvé que le prévenu occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur, il est réputé avoir eu la garde ou le contrôle du véhicule, à moins qu'il n'établisse qu'il n'avait pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche;

Je dois dire au départ que je suis d'accord avec la Division d'appel pour les motifs énoncés par le

stated by Mr. Justice McQuaid, that s. 237(1)(a) is concerned exclusively with the method of proof of a charge under s. 236 and that its effect is purely evidentiary so that the offence created by the latter section remains unaffected by it. There can be no doubt that if the case for the Crown rests solely upon proof that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver, he is not deemed to have had care or control of the vehicle if he can establish that he did not enter or mount it for the purpose of setting it in motion. In the latter event the presumption is rebutted and the Crown is deprived of the advantage of the deeming provision of s. 237(1)(a). In practical terms the only result of the accused having established that he did not mount the vehicle for the purpose of setting it in motion, is that the Crown is seized with the burden of proof without the aid of the presumption. The latter words of s. 237(1)(a) are in my view definitive of the evidence required of the accused in order to shift the burden of proof back to the Crown, but I cannot see that they purport to create or define a defence to the charge or to alter the nature of the offence created by s. 236 so as to import "an intention to drive" as an essential element which the Crown is required to prove in order to secure a conviction under s. 236.

In this regard it is to be recalled that s. 236 creating the offence of "care or control of a motor vehicle while intoxicated" was enacted as part of the *Criminal Code* by 1925 (Can.), c. 38, s. 5, whereas it was not until 1947 (by c. 55, s. 10) that the presumption which is now s. 237(1)(a) was created. I adopt what was said by Limerick J.A. in the course of his reasons for judgment in the Appellate Division of the New Brunswick Supreme Court in *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378, at p. 383, where he said:

This section is enabling legislation of evidentiary value to the Crown. It creates, under certain specific circumstances, a burden on the accused to rebut a *prima facie* case or a presumption created by statute. The section has no application (1) unless the accused is found occupying the driver's seat and (2) unless the Crown elects to invoke the section. The Crown may rely on other evidence to prove care or control, in which case the section has no applicability. The section does not pur-

juge McQuaid, selon lesquels l'al. 237(1)a) porte exclusivement sur le mode de preuve applicable à une accusation portée en vertu de l'art. 236 et n'a d'incidence que sur la preuve, sans toucher à l'infraction créée par l'art. 236. Il est certain que si l'accusation repose uniquement sur la preuve que l'accusé occupait la place ordinairement occupée par le conducteur, il n'est pas réputé avoir eu la garde du véhicule s'il peut établir qu'il n'y a pas pris place afin de le mettre en marche. La présomption de l'al. 237(1)a) est alors réfutée et la poursuite ne peut plus s'en prévaloir. En pratique, lorsque l'accusé réussit à établir qu'il n'a pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche, il en résulte seulement que la poursuite doit assumer le fardeau de la preuve sans pouvoir invoquer la présomption. A mon avis, les derniers mots de l'al. 237(1)a) précisent la preuve que l'accusé doit faire pour renvoyer le fardeau de la preuve à la poursuite, mais je ne puis concevoir qu'ils tendent à créer ou à définir un moyen de défense contre l'accusation ou à modifier la nature de l'infraction créée par l'art. 236 en faisant de «l'intention de conduire» un élément essentiel dont la poursuite doit faire la preuve pour que soit prononcée une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 236.

Il faut se rappeler à ce propos que c'est à 1925 (Can.), chap. 38, art. 5 qu'a été incorporé dans le *Code criminel* l'art. 236 qui prévoit l'infraction commise par la personne qui a «la garde d'un véhicule à moteur alors que ses facultés sont affaiblies», alors que ce n'est qu'en 1947 (chap. 55, à l'art. 10) qu'a été établie la présomption qui se trouve maintenant à l'al. 237(1)a). Je souscris à ce qu'a affirmé le juge Limerick dans les motifs qu'il a rédigés pour la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *R. v. Price* (1978), 40 C.C.C. (2d) 378, à la p. 383:

[TRADUCTION] Cet article est une disposition habilitante utile à la poursuite en matière de preuve. Il impose à l'accusé, dans certaines circonstances précises, l'obligation de réfuter une preuve *prima facie* ou une présomption légale. Cet article ne s'applique que 1) si l'on conclut que l'accusé occupait la place du conducteur et 2) si la poursuite choisit de l'invoquer. La poursuite peut se fonder sur d'autres éléments de preuve pour établir la garde et, le cas échéant, l'article ne s'applique pas.

port to change the law as to the meaning of "care or control" as it existed prior to its enactment.

Indeed s. 37(3) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, provides:

37. (3) The repeal or amendment of an enactment in whole or in part shall not be deemed to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

The amendment being enabling and directed to a specific purpose should not, therefore, be interpreted as being restrictive or as amending or defining the meaning of the words 'care or control', as interpreted by the Courts prior to the amendment, nor should it be considered as indicative of the intention of a previous Parliament. If Parliament in 1947 intended to define "care or control" as necessarily including an intention to drive the motor vehicle involved, it could and should have so stated.

I have also had the benefit of reading the reasons for judgment delivered by Jessup J.A. on behalf of the Ontario Court of Appeal in *R. v. McPhee*; *R. v. Mullen* (1975), 30 C.R.N.S. 4 and I note his conclusion that:

... if the only proof offered by the Crown of care or control is that the accused occupied the seat ordinarily occupied by the driver of a motor vehicle and the accused establishes that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion, the accused must be acquitted.

With all respect this amounts to nothing more than saying that where the Crown is relying exclusively on the presumption and the presumption is rebutted, there is then no evidence left for the prosecution and the accused must be acquitted. There can in my view be no denying the force of this reasoning. I am, however, unable to agree with the next sentence of Mr. Justice Jessup's reasons for judgment in which he says: "It follows therefore, in my opinion, that in a prosecution under s. 234 it is an essential element of the offence that the accused had the purpose or intention of setting the vehicle in motion . . ."

In the present case the appellant's counsel placed great reliance on the judgment of this Court in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303 which he treated as affording authority for the proposition that "an acquittal is automatic where the accused is able to rebut the presumption of care or

L'article ne vise pas à modifier la loi quant au sens attribué au mot «garde» avant son adoption.

De fait, le par. 37(3) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, prévoit ce qui suit:

37. (3) L'abrogation ou la modification, totale ou partielle, d'un texte législatif n'est censée ni être ni impliquer une déclaration quelconque sur l'état antérieur du droit.

La modification, qui est habilitante et qui vise une fin particulière, ne devrait donc pas être interprétée comme restrictive ou comme modifiant ou établissant le sens que les cours donnaient au mot «garde» avant la modification, et elle ne devrait pas non plus être considérée comme traduisant l'intention du législateur à une époque antérieure. Si, en 1947, le législateur avait voulu définir la «garde» comme comportant nécessairement l'intention de conduire le véhicule en question, il aurait pu et dû le dire clairement.

J'ai également eu l'occasion de lire les motifs rédigés par le juge Jessup au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans les arrêts *R. v. McPhee*; *R. v. Mullen*, (1975), 30 C.R.N.S. 4 et je remarque qu'il conclut ce qui suit:

[TRADUCTION] . . . si la seule preuve de la garde présentée par la poursuite est que l'accusé occupait la place ordinairement occupée par le conducteur d'un véhicule à moteur et si l'accusé établit qu'il n'a pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche, l'accusé doit être acquitté.

Avec égards, cela revient tout simplement à dire que si la poursuite se fonde exclusivement sur la présomption et que celle-ci est réfutée, la poursuite ne dispose plus alors d'aucun élément de preuve et l'accusé doit être acquitté. On ne peut, à mon avis, nier la rigueur de ce raisonnement. Toutefois, je suis incapable d'adhérer à la phrase suivante des motifs du juge Jessup où il affirme: [TRADUCTION] «Il s'ensuit donc, à mon avis, que dans une poursuite en vertu de l'art. 234, l'intention de l'accusé de mettre le véhicule en marche . . . est un élément essentiel de l'infraction . . .»

En l'espèce, l'avocat de l'appellant s'est fondé largement sur l'arrêt de cette Cour *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, qu'il considère comme appuyant la thèse selon laquelle [TRADUCTION] «l'acquiescement est automatique lorsque l'accusé réussit à réfuter, par une prépondérance des proba-

control under s. 237(1) (a) with evidence carrying proof on the balance of probabilities". This would mean that wherever an accused establishes "that he did not enter or mount the vehicle for the purpose of setting it in motion . . ." he must be acquitted.

It will be found, however, that the effect of the *Appleby* case is in fact limited to cases where the Crown is relying on the presumption standing alone and gives no consideration to the offence being established by other means. The *Appleby* case is concerned exclusively with the question of the nature of the burden of proof called for by s. 237(1)(a). In that case it was decided that the measure of proof requisite to discharge the burden was the balance of probabilities and the mere raising of a reasonable doubt was not sufficient. The case is not, however, any authority to support the contention that evidence rebutting the presumption necessarily gives rise to an acquittal notwithstanding other evidence which may be called by the Crown to establish the offence. There is a wide difference between rebutting a statutory presumption and establishing innocence. The statutory presumption affords an aid to the Crown in the proof of its case, but this is far from saying that the evidence which rebuts such a presumption necessarily carries with it an acquittal.

In the present case the appellant was found to be the owner of the motor vehicle in question and to have been in and out of it numerous times during the course of the evening, and there was also evidence that he turned the engine on and off a number of times in order to use the heater. These are all additional factors tending to establish care or control so that under the particular circumstances of this case rebuttal of the presumption created by s. 237(1)(a) is far from conclusive on the issue of the guilt or innocence of the appellant.

Nor, in my opinion, is it necessary for the Crown to prove an intent to set the vehicle in motion in order to procure a conviction on a charge under s. 236(1) of having care or control of a motor vehicle, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres

bilités, la présomption de garde que crée l'al. 237(1)a). Cela signifierait que l'accusé doit être acquitté dès qu'il établit [TRADUCTION] «qu'il n'a pas pris place dans ou sur le véhicule afin de le mettre en marche . . .»

On constate cependant que l'arrêt *Appleby* ne s'applique, en fait, qu'aux instances où la poursuite s'appuie exclusivement sur la présomption et ne se préoccupe pas d'établir l'infraction par d'autres moyens. L'arrêt *Appleby* porte exclusivement sur la question du fardeau de la preuve visé par l'al. 237(1)a). On a décidé dans cet arrêt que l'on s'acquitte du fardeau de la preuve par une prépondérance des probabilités et qu'il ne suffit pas de soulever simplement un doute raisonnable. Toutefois, cet arrêt ne peut être invoqué à l'appui de la thèse selon laquelle une preuve qui permet de réfuter la présomption entraîne nécessairement l'acquiescement nonobstant tout autre élément de preuve que la poursuite peut produire pour établir l'infraction. Il y a une différence considérable entre la réfutation d'une présomption légale et la preuve de l'innocence. La présomption légale aide la poursuite à établir sa preuve, mais cela ne veut pas dire que la preuve qui permet de réfuter une telle présomption entraîne nécessairement un acquiescement.

En l'espèce, il a été établi que l'appelant est le propriétaire du véhicule en question, qu'il y a pris place à plusieurs reprises au cours de la soirée et, en outre, qu'il a mis en marche le moteur à plusieurs reprises afin de faire fonctionner la chaufferette. Ce sont là des éléments supplémentaires qui tendent à établir la garde de sorte que, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, la réfutation de la présomption créée par l'al. 237(1)a) n'a aucune valeur concluante en ce qui concerne la culpabilité ou l'innocence de l'appelant.

Il n'est pas non plus nécessaire, à mon avis, que la poursuite fasse la preuve de l'intention de mettre le véhicule en marche pour que soit reconnue coupable une personne accusée, en vertu du par. 236(1), d'avoir eu la garde d'un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Il

of blood. Care or control may be exercised without such intent where an accused performs some act or series of acts involving the use of the car, its fittings or equipment, such as occurred in this case, whereby the vehicle may unintentionally be set in motion creating the danger the section is designed to prevent.

For all these reasons I am of the opinion that the Appeal Division of the Supreme Court of Prince Edward Island did not err in holding that an absence of intention to drive a motor vehicle does not constitute a valid defence to a charge under s. 236 of the *Criminal Code*, and I would answer the first question raised by the notice of appeal accordingly.

The second question raised by the notice of appeal is predicated on the assumption that the Appeal Division of the Supreme Court of Prince Edward Island reversed the position it had adopted in the case of *R. v. Young* (1979), 21 Nfld. & P.E.I.R. 77. I am on the contrary of opinion that the case of *R. v. Young* has no application to the present appeal and that it was not concerned with the statutory presumption created by s. 237(1)(a). In this regard the following excerpt from the reasons for judgment of Mr. Justice McQuaid in that case is significant and in my view conclusive of the distinction between the two cases. The learned judge there said of *Young* at p. 81:

Since he was not found in the seat of the vehicle ordinarily occupied by the driver, he does not come within the presumption set forth in Section 237(1)(a) and can not be "deemed" to have care and control. The onus therefore rested on the Crown to establish the care and control.

Having regard to all the above, I would dismiss this appeal and affirm the direction of the Court of Appeal that the matter be remitted "back to the trial court for disposition by it having regard to the above ruling".

*Appeal dismissed*, LASKIN C.J. and DICKSON J. *dissenting*.

*Solicitor for the appellant: John L. MacDougall, Charlottetown.*

*Solicitor for the respondent: Darrell E. Coombs, Charlottetown.*

peut y avoir garde même en l'absence de cette intention lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un accusé accomplit un acte ou une série d'actes ayant trait à l'utilisation du véhicule ou de ses accessoires, qui font que le véhicule peut être mis en marche involontairement, créant le danger que l'article vise à prévenir.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis que la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard n'a commis aucune erreur en décidant que l'absence d'intention de conduire un véhicule à moteur ne constitue pas un moyen de défense valable contre une accusation portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*, et je suis d'avis de répondre en ce sens à la première question soulevée dans l'avis d'appel.

La seconde question soulevée dans l'avis d'appel repose sur la supposition que la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard est revenue sur la position qu'elle a adoptée dans l'arrêt *R. v. Young* (1979), 21 Nfld. & P.E.I.R. 77. J'estime au contraire que l'arrêt *R. v. Young* ne s'applique pas en l'espèce et que la présomption créée par l'al. 237(1)a) n'y était pas en cause. À cet égard, l'extrait suivant des motifs du juge McQuaid est significatif et établi, à mon avis, de façon concluante la distinction entre ces deux affaires. Voici ce que le savant juge affirme à propos de *Young* à la p. 81:

[TRADUCTION] Puisqu'il n'occupait pas la place ordinairement occupée par le conducteur, il n'est pas assujéti à la présomption établie à l'al. 237(1)a) et il ne peut être «réputé» avoir eu la garde. Il incombait donc à la poursuite d'établir qu'il avait la garde.

Compte tenu de tout ce qui précède, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi et de confirmer la directive de la Cour d'appel prescrivant que l'affaire soit [TRADUCTION] «renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il se prononce en tenant compte de la décision en l'espèce».

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et le juge DICKSON sont dissidents.*

*Procureur de l'appellant: John L. MacDougall, Charlottetown.*

*Procureur de l'intimée: Darrell E. Coombs, Charlottetown.*

**Royal Trust Company** *Appellant*;

and

**Dame Barbara Tucker** *Respondent*;

and

**Judith Mae Buller, Catherine Martha Buller, Patricia Doreen Buller, Pamela Christine Buller, Diane Harding Tucker, Daphney Millicent Tucker and the Registrar of the Registration Division of Montreal** *Mis en cause*;

and

**H. Clark Holden** *Intervener*.

File No.: 15949.

1981: February 12; 1982: February 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Trusts and trustees — Deed of donation and trust in favour of primary beneficiaries who did not exist when deed of donation and trust was made — Quebec trust of English inspiration — Acceptance of the trust — Ownership of the trust property — Deed of donation and trust in favour of secondary beneficiaries not a gift in contemplation of death — Civil Code, arts. 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 981l.*

In 1953 respondent concluded a deed of donation and trust with appellant pursuant to arts. 981a *et seq.* of the *Civil Code*. In 1974 respondent challenged the validity of this contract on the grounds that the gift made in favour of the unborn children of the donor (primary beneficiaries) and in favour of the sisters of the donor (secondary beneficiaries) was void: the former because the beneficiaries did not exist when the deed of donation and trust was made; the latter because it is incidental to the former and is a gift in contemplation of death. The Superior Court dismissed the action but respondent's appeal to the Court of Appeal was allowed.

*Held:* The appeal should be allowed.

The deed of donation and trust made for the benefit of the unborn children of the donor is valid. The property conveyed in trust is taken out of the grantor's estate and it is the trustee, whose acceptance sufficed to make the trust irrevocable, who becomes owner of the prop-

**Royal Trust Company** *Appelante*;

et

**Dame Barbara Tucker** *Intimée*;

*a*

et

**Judith Mae Buller, Catherine Martha Buller, Patricia Doreen Buller, Pamela Christine Buller, Diane Harding Tucker, Daphney Millicent Tucker et le registraire de la division d'enregistrement de Montréal** *Mis en cause*;

et

*c*

**H. Clark Holden** *Intervenant*.

N° du greffe: 15949.

1981: 12 février; 1982: 9 février.

*d*

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*e*

*Fiducies et fiduciaires — Donation fiduciaire en faveur de bénéficiaires de premier rang inexistantes lors de la création de la donation — Fiducie québécoise d'inspiration anglaise — Acceptation de la fiducie — Propriété des biens transportés en fiducie — Donation fiduciaire en faveur des bénéficiaires de deuxième rang ne constituant pas une donation à cause de mort — Code civil, art. 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 981l.*

*f*

*g*

*h*

*i*

L'intimée a conclu avec l'appelante en 1953 un contrat de donation fiduciaire régi par les art. 981a et suivants du *Code civil*. En 1974, l'intimée a contesté la validité de ce contrat aux motifs que la donation faite pour le bénéfice des enfants à naître de la donatrice (bénéficiaires de premier rang) et pour le bénéfice des sœurs de la donatrice (bénéficiaires de deuxième rang) était nulle: la première, parce que les bénéficiaires étaient inexistantes lors de la création de la donation; la deuxième, parce qu'elle est l'accessoire de la première et qu'elle constitue une donation à cause de mort. La Cour supérieure a rejeté l'action mais l'appel de l'intimée à la Cour d'appel a été accueilli.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La donation fiduciaire faite pour le bénéfice des enfants à naître de la donatrice est valide. Les biens transportés en fiducie sont sortis du patrimoine de la donatrice et c'est le fiduciaire, dont l'acceptation suffit à rendre la constitution de la fiducie irrévocable, qui

erty for the duration of the trust. There is thus no further impediment to the validity of the trust, since it is not necessary that there be beneficiaries in whom ownership of the property conveyed is vested. When art. 981a refers to the provisions relating to gifts and legacies, it does so subject to the special characteristics of the trust, and not as if the trust did not exist and this was an ordinary gift or an ordinary legacy. Articles 981a *et seq.* must be given a wide and liberal interpretation, favouring an extension of the contractual and testamentary freedom of the parties and in keeping with the purpose of the legislation, which is to enable individuals to do by gift *inter vivos* what it was already possible to do in part by will, including the creation of a benefit intended for a non-existent person. Public order and the law do not prohibit it.

The deed of donation and trust in favour of the donor's sisters is also valid. This gift, distinct from the first, is not a gift in contemplation of death because in the case at bar the condition accompanying the deed of donation and trust is not the donor's death, but the absence of any issue of the donor at the time fixed by her for the trust to terminate. As the donor has irrevocably divested herself of the trust property, she has conferred on her sisters a suspensive right which she can no longer take back.

*Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283; *Harwood v. Moncel* (1923), 61 C.S. 497; *Estate of the late Thomas Fyshe v. Fyshe*, [1977] C.S. 165; *Reford v. National Trust Company*, [1968] Que. Q.B. 689; *Masson v. Masson* (1912), 47 S.C.R. 42; *O'Meara v. Bennett*, [1922] 1 A.C. 80; *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7; *Laverdure v. Du Tremblay*, [1937] A.C. 666; *Green-shields et al. v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216; *Crown Trust Co. v. Higher et al.*, [1977] 1 S.C.R. 418; *Abbot v. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96; *Guaranty Trust Co. of New York v. The King*, [1948] S.C.R. 183; *No. 199 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 488; *Taylor v. Royal Trust Company* (1936), 74 C.S. 180; *Pesant v. Pesant*, [1934] S.C.R. 249, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1979] C.A. 308, reversing a judgment of the Superior Court, [1976] C.S. 895. Appeal allowed.

*William E. Stavert and James P. Thomson*, for the appellant.

*Georges Audet and Jean-Pierre Bréard*, for the respondent.

devient le propriétaire de ces biens pour la durée de la fiducie. Il n'y a donc plus d'empêchement à la validité de la fiducie puisqu'il n'est pas nécessaire qu'il existe des bénéficiaires sur la tête de qui reposerait la propriété des biens transportés. Lorsque l'art. 981a renvoie aux dispositions relatives aux donations et aux legs, c'est sous réserve des particularités de la fiducie, et non pas comme si la fiducie n'existait pas et comme s'il s'agissait d'une simple donation ou d'un simple legs. Les articles 981a et suivants doivent donc s'interpréter d'une façon large et libérale, favorable à une extension de la liberté contractuelle et testamentaire des parties et au but de la législation qui est de permettre, entre autres, que l'on accomplisse par donation entre vifs ce qu'il était déjà possible de réaliser en partie par testament, y compris la constitution d'un avantage destiné à une personne inexistante. L'ordre public et les lois ne s'y opposent pas.

La donation fiduciaire faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice est également valide. Cette donation, distincte de la première, ne constitue pas une donation à cause de mort car en l'espèce la condition dont la donation est assortie n'est pas la mort de la donatrice mais l'absence de descendants de celle-ci au moment fixé par elle pour l'ouverture de la fiducie. La donatrice, s'étant irrévocablement dépouillée des biens donnés en fiducie, a conféré à ses sœurs un droit suspendu qu'elle ne peut plus leur enlever.

Jurisprudence: *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283; *Harwood c. Moncel* (1923), 61 C.S. 497; *Estate of the late Thomas Fyshe c. Fyshe*, [1977] C.S. 165; *Reford c. National Trust Company*, [1968] B.R. 689; *Masson c. Masson* (1912), 47 R.C.S. 42; *O'Meara v. Bennett*, [1922] 1 A.C. 80; *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7; *Laverdure v. Du Tremblay*, [1937] A.C. 666; *Green-shields et autre c. La Reine*, [1958] R.C.S. 216; *Crown Trust Co. c. Higher et autre*, [1977] 1 R.C.S. 418; *Abbot v. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96; *Guaranty Trust Co. of New York c. Le Roi*, [1948] R.C.S. 183; *No. 199 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 488; *Taylor c. Royal Trust Company* (1936), 74 C.S. 180; *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1979] C.A. 308, infirmant un jugement de la Cour supérieure, [1976] C.S. 895. Pourvoi accueilli.

*William E. Stavert et James P. Thomson*, pour l'appelante.

*Georges Audet et Jean-Pierre Bréard*, pour l'intimée.



English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—This Court has to decide, *inter alia*, as to the validity of a deed of donation and trust made otherwise than by a marriage contract, the primary beneficiaries of which are the unborn children of the donor.

#### I—Facts and proceedings

The facts are not in dispute.

On March 13, 1953, in Montreal, respondent concluded a deed of donation and trust with appellant pursuant to arts. 981a *et seq.* of the *Civil Code*. The chief provisions of this contract are as follows:

The Donor doth hereby transfer, convey and make over by way of gift *inter vivos* and irrevocable to the Trustee thereof accepting in trust for the purposes and on behalf of the beneficiaries hereinafter set out the stocks, bonds and securities set out in the schedule hereto annexed marked “A” identified by the signature of the parties hereto and the undersigned Notary, which will hereinafter be called “the Trust Property”.

The present Donation has been thus made subject to the following conditions, namely:

(1) During the lifetime of the Donor, the Trustee shall pay to or use for her the net revenues from the Trust Property and in addition such parts of the capital of the Trust Property as the Trustee in its sole discretion may deem advisable to pay to or use for her from time to time to provide for illness, accidents, emergencies, or other needs of a serious nature.

(2) Upon the death of the Donor to divide the Trust Property as then composed among the Donor’s lawful children in the first degree and the Donor’s grandchildren in the first degree, or any one or more of such children or grandchildren in accordance with the terms of the Donor’s Will, and failing such Will or in so far as the said Will may not apply to the Trust Property, to pay the same to the Donor’s lawful children in the first degree in equal parts upon their respectively attaining the age of twenty-five years. Should any child in the first degree of the Donor have predeceased the Donor leaving lawful issue such issue will take the share that would have devolved to their deceased parent and failing issue the same will accrue to the remaining children in the first degree of the Donor and the issue of her predeceased children in the first degree in equal parts by roots. Should any child in the first degree of the Donor

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Il faut décider, entre autres, de la validité d’une donation fiduciaire faite autrement que par contrat de mariage et dont les premiers bénéficiaires sont les enfants à naître de la donatrice.

#### b I—Les faits et les procédures

Les faits ne sont pas en litige.

Le 13 mars 1953, à Montréal, l’intimée a conclu avec l’appelante un contrat de donation fiduciaire régi par les art. 981a et suivants du *Code civil*. En voici les principales dispositions:

[TRADUCTION] La donatrice donne, cède et transporte par les présentes, par donation entre vifs et irrévocable au fiduciaire qui les accepte, en fiducie, au nom et pour le bénéfice des bénéficiaires ci-après désignés, les actions, obligations et valeurs mobilières énumérées à la liste annexée aux présentes, marquée «A» et identifiée par les signatures des parties aux présentes et du notaire soussigné, ci-après appelées «la fiducie».

La présente donation est ainsi faite sujette aux conditions suivantes, savoir:

(1) Du vivant de la donatrice, le fiduciaire lui remettra ou utilisera pour elle les revenus nets de la fiducie et toute partie du capital de la fiducie que le fiduciaire jugera à propos, à sa seule discrétion, de verser à la donatrice ou d’utiliser pour elle à l’occasion pour faire face à tout accident, maladie, cas urgent ou autre nécessité de nature grave.

(2) Au décès de la donatrice, diviser ce qui constituera alors la fiducie entre les enfants légitimes au premier degré de la donatrice et les petits-enfants au premier degré de la donatrice, ou l’un ou plusieurs desdits enfants et petits-enfants selon le teneur du testament de la donatrice, et, à défaut de tel testament, ou dans la mesure où tel testament pourrait ne pas s’appliquer à la fiducie, remettre celle-ci aux enfants légitimes au premier degré de la donatrice en parts égales lorsqu’ils atteindront chacun respectivement l’âge de vingt-cinq ans. Si l’un des enfants au premier degré de la donatrice la précède laissant des enfants légitimes, ces enfants recevront la part qui aurait été dévolue à leur père ou mère précédé et, à défaut de descendance, cette part accroîtra aux enfants survivants au premier degré de la donatrice et aux enfants de ses enfants au premier degré précédés, en parts égales et par souches. Si l’un

survive her but die before reaching the age of twenty-five years leaving lawful issue, such issue shall take the share of their deceased parent and failing issue the same will accrue to the other children in the first degree of the Donor and the issue of predeceased children in the first degree equally by roots. The shares of all such issue of the Donor's children in the first degree shall be paid over to them as they respectively reach the age of twenty-five years. During the minority of all children and their issue herein referred to the Trustee shall use for their welfare the revenues from their respective shares, in such amounts and through such channels as the Trustee in its sole discretion may decide, and after reaching majority each beneficiary shall be paid his or her share of revenues direct. In addition such parts of the capital of their respective shares as the Trustee in its sole discretion may deem advisable may be paid to or used for such beneficiary from time to time to provide for illness, accidents, emergencies or other needs of a serious nature.

In the event of any beneficiary under this clause (2) dying without issue before attaining twenty-five years of age the share of such beneficiary shall accrue to his or her brothers and sisters or their children representing them.

(5) Upon the death of the Donor, should there be no lawful descendants of hers then living, or should all her lawful descendants who survive her die before reaching the age of twenty-five years, the Trustee shall pay over one-half of the Trust Property to LESLIE A. TUCKER, the Donor's Father, and shall pay the remaining half to the other children in the first degree of the said Leslie A. Tucker, the lawful issue of such children to take the share of any of them who may have predeceased, by representation: the children and issue who are to share hereunder to be determined at the death of the Donor or of the last of her descendants whichever event is the later: but should all such children and their issue have predeceased the said Leslie A. Tucker, and latter shall receive the whole of the Trust Property. Should the said Leslie A. Tucker have predeceased the Donor, and the Donor's descendants and his own other children in such event the Trustee shall divide the whole of the Trust Property among the other children of the said Leslie A. Tucker or their issue aforesaid. Should the said Leslie A. Tucker and all his other children and their lawful descendants be dead as well as the Donor and her lawfull descendants in such event the Trustee shall divide the Trust Property among the abintestate legal heirs of the Donor, such heirs to be determined as at the

quelconque des enfants au premier degré de la donatrice lui survit mais décède avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans et laisse des enfants légitimes, ces enfants recevront la part de leur père ou mère prédécédé et, à défaut de descendance, cette part accroîtra aux autres enfants au premier degré de la donatrice et aux enfants de ses enfants au premier degré prédécédés, en parts égales par souches. La part de chacun des descendants des enfants au premier degré de la donatrice lui sera versée lorsqu'il atteindra l'âge de vingt-cinq ans. Pendant la minorité de tous les enfants et celle de leurs descendants ci-dessus mentionnés, le fiduciaire emploiera, pour leur bien-être, les revenus de leur part respective, dans la proportion et selon les modalités dont le fiduciaire sera le seul juge et après avoir atteint sa majorité chaque bénéficiaire recevra sa part de revenus personnellement. De plus, le fiduciaire pourra, s'il le juge à propos, à sa seule discrétion, verser à l'occasion, à tout bénéficiaire ou utiliser pour lui, toute partie du capital de sa part, pour faire face à tout accident, maladie, cas urgent ou autre nécessité de nature grave.

Si l'un ou l'autre des bénéficiaires en vertu de l'article (2) ci-dessus décède sans postérité avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans, sa part accroîtra à ses frères et sœurs survivants ou à leurs enfants par représentation.

(5) Si, à son décès, la donatrice ne laisse aucun enfant légitime qui lui survive, ou si elle laisse des descendants qui lui survivent et qu'ils décèdent tous avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans, le fiduciaire remettra la moitié de la fiducie à LESLIE A. TUCKER, le père de la donatrice, et l'autre moitié aux autres enfants au premier degré dudit Leslie A. Tucker, les descendants légitimes desdits enfants prenant, par représentation, la part de celui ou de ceux qui seraient prédécédés; les enfants et descendants qui seront bénéficiaires en vertu du présent paragraphe seront déterminés au décès de la donatrice ou au décès du dernier de ses descendants, selon l'événement qui se produira le dernier, mais si tous ses enfants et leurs descendants prédécèdent ledit Leslie A. Tucker, celui-ci aura droit à la totalité de la fiducie. Si ledit Leslie A. Tucker prédécède la donatrice, tous les descendants de la donatrice et ses autres enfants, le fiduciaire partagera alors la totalité de la fiducie entre les autres enfants dudit Leslie A. Tucker ou leur postérité ci-dessus mentionnée. Si ledit Leslie A. Tucker et tous ses autres enfants et leurs descendants sont décédés de même que la donatrice et tous ses descendants légitimes, le fiduciaire divisera alors la fiducie entre les héritiers légaux ou ab intestat de la donatrice. Ces héritiers seront déterminés au décès de la donatrice ou

death of the Donor or the last descendant of the Donor whichever is the latest.

The contract confers on the trustee the most extensive powers of administration and alienation, in addition to those which he is given by law.

When she signed this agreement, respondent was domiciled in the Province of Quebec, was unmarried and had no children. She now has four minor daughters, Judith Mae, Catherine Martha, Patricia Doreen and Pamela Christine Buller, represented by the intervener, their tutor *ad litem*.

The mis en cause Diane Harding and Daphney Millicent Tucker, who are both unmarried, of legal age and without issue, are the only other children of the late Leslie A. Tucker, respondent's father. It is not in dispute that they existed on March 13, 1953.

Appellant trust company continues to be in possession of all the property included in the trust, a portfolio of securities and mortgage loans which it has managed since 1953.

By her action brought against appellant in 1974, respondent asked the Superior Court to void the 1953 deed of donation and trust *ab initio*, to declare respondent the sole owner of the property conveyed in trust, which she valued at \$154,432, to direct appellant to transfer this property to her and to order appellant to pay her the sum of \$154,432 if it failed to transfer the trust property to her within sixty days of the judgment.

The grounds of nullity relied upon by respondent include *inter alia* the following, the only ones that were argued as far as this Court: (a) the gift made in favour of the primary beneficiaries is void because these beneficiaries did not exist when the deed of donation and trust was made; (b) the gift made in favour of the secondary beneficiaries is void because it is incidental to the foregoing and is a gift in contemplation of death.

Appellant submitted its rights to the Court but contended that the deed of donation and trust was valid.

au décès du dernier descendant de la donatrice, selon l'événement qui se produira le dernier.

Le contrat confère au fiduciaire les pouvoirs d'administration et d'aliénation les plus étendus, en sus de ceux qui lui sont donnés par la loi.

Lors de la signature de cette convention, l'intimée, alors domiciliée dans la province de Québec, était célibataire et n'avait pas d'enfants. Elle a maintenant quatre filles mineures, Judith Mae, Catherine Martha, Patricia Doreen et Pamela Christine Buller, représentées par l'intervenant, leur tuteur *ad litem*.

Les mises en cause Diane Harding et Daphney Millicent Tucker, toutes deux célibataires, majeures et sans descendance, sont les seuls autres enfants de feu Leslie A. Tucker, père de l'intimée. Il n'est pas contesté qu'elles existaient le 13 mars 1953.

La compagnie fiduciaire appelante est restée en possession de tous les biens transportés en fiducie, un portefeuille de valeurs mobilières et de créances hypothécaires qu'elle gère depuis 1953.

Par son action intentée à l'appelante en 1974, l'intimée demande à la Cour supérieure de prononcer la nullité *ab initio* de la donation fiduciaire de 1953, de déclarer l'intimée seule propriétaire des biens transportés en fiducie, qu'elle évalue à la somme de \$154,432, d'ordonner à l'appelante de lui transférer ces biens et de condamner l'appelante à lui payer la somme de \$154,432 sur défaut par elle de lui transférer les biens de la fiducie dans les soixante jours du jugement.

Les motifs de nullité invoqués par l'intimée comprennent entre autres les suivants, les seuls que l'on ait plaidés jusqu'en cette Cour: (a) la donation faite en faveur des bénéficiaires de premier rang est nulle parce que ces bénéficiaires étaient inexistants lors de la donation fiduciaire; (b) la donation faite en faveur des bénéficiaires de deuxième rang est nulle parce qu'elle est l'accessoire de la précédente et qu'elle constitue une donation à cause de mort.

L'appelante s'en est remise à la justice mais elle a soutenu la validité de la donation fiduciaire.

In his capacity as tutor of respondent's daughters, the intervener submitted their rights to the Court.

The other two mis en cause, the respondent's sisters, did not appear.

## II—The judgments of the Superior Court and of the Court of Appeal

The Superior Court judgment has been published: *Tucker v. Royal Trust Co.*, [1976] C.S. 895. Mackay J. dismissed the action of the respondent. He refused to follow two judgments given by the Superior Court in *Harwood v. Moncel* (1923), 61 C.S. 497; C.S. Mtl. No. 1150, June 29, 1921, in which deeds of donation and trust were voided because the primary beneficiaries did not exist; the gift has been made, as in the case at bar, to the donor's unborn children. In Mackay J.'s view, the decision of this Court in *Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283, overturned the limiting view taken of trusts in the *Harwood v. Moncel* decisions. Thus, it was held that acceptance by the trustee only suffices to make the deed of donation and trust perfect and irrevocable, and acceptance by the beneficiary is not necessary so long as he does not intend to make use of the benefits conferred on him by the trust. The trustees were also recognized to have a limited right of ownership in the property conveyed to them in trust. It accordingly becomes possible to give the Quebec law on trusts a more liberal interpretation, one which is more in keeping with its English sources. The trial judge referred to *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 38, at p. 817, which recognizes that trusts created for the benefit of persons who do not yet exist are valid.

However, the trial judge did not rule on the validity of the stipulation made for the secondary beneficiaries, the donor's sisters: it is unlikely that they will survive the primary beneficiaries, and in Mackay J.'s opinion, that situation can be dealt with if and when it arises. Nonetheless, the trial judge held that even if the stipulation for the benefit of the donor's sisters was void, this would not in any way affect the validity of the gift made for the benefit of the unborn children.

L'intervenant, ès qualités de tuteur des filles de l'intimée, s'en est remis à la justice.

Les deux autres mises en cause, sœurs de l'intimée, n'ont pas comparu.

## II—Le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel

Le jugement de la Cour supérieure a été publié: *Tucker c. Royal Trust Co.*, [1976] C.S. 895. Le juge Mackay y rejette l'action de l'intimée. Il refuse de suivre deux jugements rendus par la Cour supérieure dans *Harwood c. Moncel* (1923), 61 C.S. 497; C.S. Mtl. n° 1150, 29 juin 1921, où des donations fiduciaires ont été invalidées parce que les bénéficiaires de premier rang n'existaient pas; il s'agissait comme en l'espèce des enfants à naître de la donatrice. Selon le juge Mackay, l'arrêt rendu par cette Cour dans *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283, a écarté la conception limitative que l'on se faisait de la fiducie dans les affaires *Harwood c. Moncel*. On y a décidé en effet que l'acceptation du seul fiduciaire rend la donation fiduciaire parfaite et irrévocable et que celle du bénéficiaire n'est pas requise tant qu'il n'entend pas se prévaloir des avantages que lui procure la fiducie. On y a également reconnu aux fiduciaires un droit limité de propriété dans les biens qui leur sont transportés en fiducie. Il devient pas conséquent possible d'interpréter le droit québécois de la fiducie d'une façon plus libérale et plus en harmonie avec ses sources anglaises. Et le premier juge de référer à *Halsbury's Laws of England*, 3<sup>e</sup> éd., t. 38, à la p. 817, qui reconnaît la validité de fiducies constituées pour le bénéfice de personnes qui n'existent pas encore.

Cependant, le premier juge ne se prononce pas sur la validité de la stipulation faite pour les bénéficiaires de deuxième rang, sœurs de la donatrice: il est improbable qu'elles survivent aux bénéficiaires de premier rang et, selon le juge Mackay, il sera toujours temps de trancher dans cette éventualité. Le premier juge décide néanmoins que même si la stipulation faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice était nulle, cette nullité n'affecterait en aucune façon la validité de la donation faite pour le bénéfice des enfants à naître.

In a similar case, Meyer J. of the Superior Court subsequently held as did Mackay J.: *Estate of the late Thomas Fyshe v. Fyshe*, [1977] C.S. 165. His judgment is now on appeal.

The majority judgment of the Court of Appeal, [1979] C.A. 308, was based on the reasons of Paré J.A. and of Lamer J.A., as he then was.

In Paré J.A.'s opinion, the English origins of trusts and the judgment in *Curran v. Davis* are not controlling and do not affect the theory accepted in *Harwood v. Moncel*: the question for decision was different, since primary beneficiaries existed in *Curran v. Davis*; the only question was as to whether acceptance by the trustee only sufficed. As to the limited right of ownership of the trustees in the property conveyed to them in trust, it does not alter the situation [at p. 311]:

[TRANSLATION] . . . art. 981a) is not concerned with the nature of the trustee's right over the property conveyed to him, but it limits the persons for whose benefit property can be conveyed by a trust to those who can be the subject of a gift.

Article 754, the article which introduces the chapter on gifts and which is referred to in art. 981a, provides:

A person cannot dispose of his property by gratuitous title, otherwise than by gift *inter vivos* or by will.

As any other type of gift is prohibited, a gift accordingly cannot be made by way of trust to benefit unborn and as yet unconceived children.

Paré J.A. considered that the gift made to benefit the secondary beneficiaries is not void as a gift made in contemplation of death, in light of the decision by this Court in *Curran v. Davis*. However, it is void because it is dependent on the principal stipulation made for the benefit of the unborn children, and falls along with it.

Lamer J.A. expressed no opinion on the origins of trusts, on the limited ownership of trustees in the trust property, or on gifts made to benefit the secondary beneficiaries. He based his decision

Dans une affaire semblable, le juge Meyer de la Cour supérieure, a subséquemment jugé comme le juge Mackay: *Estate of the late Thomas Fyshe c. Fyshe*, [1977] C.S. 165. Son jugement est présentement frappé d'appel.

L'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, [1979] C.A. 308, a été rendu pour les motifs du juge Paré ainsi que ceux du juge Lamer, maintenant juge de cette Cour.

Selon le juge Paré, les origines anglaises de la fiducie et l'arrêt *Curran c. Davis* ne sont aucunement déterminants et n'affectent pas la doctrine acceptée dans *Harwood c. Moncel*: la question à décider était différente puisque des bénéficiaires de premier rang existaient dans *Curran c. Davis*; il s'agissait uniquement de la suffisance de l'acceptation du seul fiduciaire. Quant au droit de propriété limité des fiduciaires dans les biens qui leur sont transportés en fiducie, il ne change rien à la question [à la p. 311]:

. . . l'article 981a) ne se préoccupe pas de la nature du droit du fiduciaire sur les biens qui lui sont transportés, mais il restreint les personnes pour le bénéfice desquelles on peut transporter des biens par le truchement d'une fiducie à celles qui peuvent faire l'objet d'une donation.

Or, l'article 754, article introductif du chapitre des donations, auquel renvoie l'art. 981a prescrit:

On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation faite entre vifs, ou par testament.

Tout autre genre de donation étant défendu, on ne peut donc par fiducie faire une donation en faveur d'enfants à naître et non encore conçus.

Pour ce qui est de la donation faite en faveur des bénéficiaires de deuxième rang, elle n'est pas nulle comme donation faite à cause de mort, tient le juge Paré, vu l'arrêt de cette Cour dans *Curran c. Davis*. Mais elle est nulle parce qu'elle dépend de la stipulation principale faite pour le bénéfice des enfants à naître et elle tombe avec elle.

Le juge Lamer ne se prononce ni sur les origines de la fiducie ni sur la propriété limitée des fiduciaires dans les biens de la fiducie non plus que sur la donation faite en faveur des bénéficiaires de

essentially on arts. 754 and 981*a* of the *Civil Code*, concurring in the conclusions of Paré J.A.

Owen J.A., dissenting, did not rule on the validity of the gift made to benefit the unborn children as primary beneficiaries. In his opinion, the stipulation made for the secondary beneficiaries is not incidental to the first stipulation. Even if the first is void, this does not have the effect of voiding the stipulation for the benefit of persons living at the time the trust gift is concluded. Owen J.A. would have dismissed the appeal.

The Court of Appeal accordingly allowed the appeal, reversed the judgment of the Superior Court and allowed respondent's action in accordance with its conclusions.

### III—The deed of donation and trust made for the benefit of the donor's unborn children

#### *1. Unborn children, whether ranked first or later*

It is important to distinguish between a deed of donation and trust, in which the primary beneficiaries do not exist, and those made for unborn children when the latter are secondary or tertiary beneficiaries and there are primary beneficiaries in existence. In these latter cases, the stipulations made in favour of unborn children are valid and effective provided that the children are conceived at the time the benefit stipulated in their favour takes effect, and are subsequently born viable.

In *Curran v. Davis* this Court did not have to decide the point, but on p. 303 it took for granted that such deeds of donation and trust are valid. A similar ruling was made by the Court of Appeal of Quebec in *Reford v. National Trust Company* [1968] Que. Q.B. 689, at p. 697. See also *Masson v. Masson* (1912), 47 S.C.R. 42, which concerned a testamentary trust made before the *Civil Code* was adopted in 1866: the testator left his property in trust for the benefit of his eight children and their lawful issue, for an indefinite period of time or as long as the law allowed; at pp. 73, 74, 78 and 90 Sir Charles Fitzpatrick C.J. and Anglin J.

deuxième rang. Il s'appuie essentiellement sur les art. 754 et 981*a* du *Code civil* pour souscrire aux conclusions du juge Paré.

Le juge Owen, dissident, ne se prononce pas sur la validité de la donation faite pour le bénéfice des enfants à naître, bénéficiaires de premier rang. A son avis, la stipulation faite pour les bénéficiaires de deuxième rang n'est pas l'accessoire de l'autre. Même si l'autre était nulle, sa nullité n'entraînerait pas celle qui est faite pour le bénéfice de personnes vivantes au moment de l'exécution de la donation fiduciaire. Le juge Owen aurait rejeté l'appel.

La Cour d'appel accueille donc l'appel, infirme le jugement de la Cour supérieure et maintient l'action de l'intimée suivant ses conclusions.

### III—La donation fiduciaire faite pour le bénéfice des enfants à naître de la donatrice

#### *1. Les enfants à naître, selon qu'ils viennent au premier rang ou après*

Il importe de distinguer une donation fiduciaire dont les premiers bénéficiaires sont inexistantes de celles faites pour le bénéfice d'enfants à naître lorsque ceux-ci sont bénéficiaires de deuxième ou troisième rang et qu'il existe des bénéficiaires de premier rang. Dans ces derniers cas, les stipulations faites en faveur des enfants à naître sont valides et efficaces pourvu que les enfants soient conçus au moment où prend effet le bénéfice stipulé en leur faveur et qu'ils naissent subséquentement viables.

Cette Cour n'avait pas à le décider dans *Curran c. Davis* mais, à la p. 303, elle considère la validité de ces donations fiduciaires comme allant de soi. La Cour d'appel du Québec opine dans le même sens dans *Reford c. National Trust Company*, [1968] B.R. 689, à la p. 697. Voir également *Masson c. Masson* (1912), 47 R.C.S. 42, où il s'agissait d'une fiducie testamentaire faite avant l'adoption du *Code civil* en 1866; le testateur laissait ses biens en fiducie pour le bénéfice de ses huit enfants et de leurs descendants légitimes et ce, indéfiniment ou autant que permis par la loi; aux pp. 73, 74, 78 et 90 le juge en chef sir Charles

expressed the view that the limitations regarding substitution should be extended by analogy to this trust, which can thus benefit two ranks of successive beneficiaries as to the income, and the ultimate beneficiaries, who will receive the capital.

Text writers also recognize the validity of deeds of donation and trust for the benefit of unborn children when the latter do not rank first but after other living beneficiaries: Marcel Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montreal, Wilson and Lafleur, 1936, p. 190, No. 173; Madeleine Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Wilson and Lafleur, 1980, p. 19, No. 29.

When, however, the question is as to the validity of a deed of donation and trust made primarily for the benefit of unborn children, as in the case at bar, opinions differ both in the cases and among text writers.

With respect to cases, apart from the case at bar, I have already referred to: *Harwood v. Moncel* and the *Estate of the late Thomas Fyshe v. Fyshe*.

Billette (*Donations et testaments*, Montreal, 1933, at p. 187), Faribault (*supra*, p. 190, No. 172) and Cantin Cumyn (*supra*, p. 22, No. 32) conclude that such gifts are invalid. In an unpublished thesis for the Faculty of Law of McGill University, *The Law of Trusts in the Province of Quebec*, 1935, Lionel Rubin concludes at p. 52 that they are valid. In 1935, Mignault made a presentation to the Faculty of Law of Paris on "La fiducie dans la province de Québec" [Trusts in the Province of Quebec]. The text was published in the *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, January-March 1936 issue, at p. 119. At page 130 we find the following:

[TRANSLATION] I do not think there is any need to give a detailed description of how trusts operate. Their advantage is that they allow an owner of property to make intermediaries responsible for administering property which he hesitates to give directly to individuals about whose character he knows nothing at the time, for example, for children who are under age or, even more

Fitzpatrick et le juge Anglin expriment l'avis que les limitations relatives à la substitution doivent par analogie s'étendre à cette fiducie qui peut donc profiter à deux rangs de bénéficiaires successifs du revenu et aux bénéficiaires ultimes à qui l'on doit remettre le capital.

La doctrine reconnaît elle aussi la validité des donations fiduciaires faites pour le bénéfice d'enfants à naître lorsque ceux-ci ne viennent pas au premier rang mais après d'autres bénéficiaires vivants; Marcel Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, p. 190, n° 173; Madeleine Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Wilson et Lafleur, 1980, p. 19, n° 29.

Par ailleurs, s'agit-t-il, comme en l'espèce, de la validité d'une donation fiduciaire faite en premier lieu pour le bénéfice des enfants à naître, les avis sont partagés en jurisprudence comme en doctrine.

Pour la jurisprudence, j'ai déjà mentionné, outre la présente cause, les affaires *Harwood c. Moncel* et *Estate of the late Thomas Fyshe c. Fyshe*.

Billette, (*Donations et testaments*, Montréal, 1933, à la p. 187), Faribault (précité, p. 190, n° 172) et Cantin Cumyn (précité, p. 22, n° 32) concluent à l'invalidité. Dans une thèse inédite de la Faculté de droit de l'Université McGill, *The Law of Trusts in the Province of Quebec*, 1935, Lionel Rubin tient pour la validité, à la p. 52. En 1935, Mignault a fait une communication à la Faculté de droit de Paris sur «La fiducie dans la province de Québec». Le texte en a été publié dans le *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, numéro de janvier-mars 1936, à la p. 119. On y trouve le passage suivant à la p. 130:

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de faire une description détaillée du fonctionnement de la fiducie. L'intérêt qu'elle offre, c'est qu'elle permet à un propriétaire de confier à des intermédiaires l'administration de biens qu'il hésite à donner directement à des personnes dont il ne connaît pas encore le caractère ou les dispositions, par exemple des enfants en bas âge ou, à plus forte

so, for unborn children. The tool which it provides is a very flexible one. The profession of trustee has been organized through the establishment of very large companies with unquestioned solvency.

This passage is so general that it can apply to trusts like the one under consideration, but it is not absolutely clear.

Louis Baudouin appears to be of the opinion that trusts established for the benefit of unborn children are all valid; as Mignault, he does not distinguish between primary beneficiaries and those who rank after them: *Le Droit civil de la province de Québec*, 1953, at pp. 1245-46.

D. W. R. Waters raised the question in *Law of Trusts in Canada*, Carswell, 1974, c. 28: "The Trust in Quebec", at pp. 948, 949 and 951, but he offered no solution.

Finally, such authors as Germain Brière and Roger Comtois do not specifically deal with the point, but the principles which they support appear to be more in keeping with the validity of a deed of donation and trust made primarily to benefit unborn children: Germain Brière, *Les Libéralités*, Editions Thémis, 7th ed., 1977, at p. 55; Roger Comtois, *Les Libéralités*, Répertoire de droit, Doctrine, Document 1, 1979, No. 688, at p. 238.

## 2. The introduction of trusts into the civil law

The applicable legislation is to be found in the chapter titled "Of Trusts", chapter IV(A) of the Title "Of gifts 'inter vivos' and by will". The provisions in question are arts. 981a *et seq.* of the *Civil Code*. The chief provisions are as follows:

**981a.** All persons capable of disposing freely of their property may convey property, moveable or immoveable, to trustees by gift or by will, for the benefit of any persons in whose favor they can validly make gifts or legacies.

**981b.** Trustees, for the purposes of their trust, are seized as depositaries and administrators for the benefit of the donees or legatees of the property, moveable or immoveable, conveyed to them in trust, and may claim possession of it, even against the donees or legatees for whose benefit the trust was created.

raison, des enfants à naître. L'instrument qu'elle fournit à ce propriétaire est d'une très grande souplesse. On a organisé chez nous la profession de fiduciaire par la création de compagnies très puissantes et dont la solvabilité ne souffre aucun doute.

Ce passage est d'une telle généralité qu'il peut viser des fiducies comme celle qui nous occupe, mais ce n'est pas absolument clair.

Louis Baudouin semble d'avis que les fiducies constituées pour le bénéfice d'enfants à naître sont toutes valides; pas plus que Mignault il ne distingue entre les bénéficiaires de premier rang et ceux qui les suivent: *Le Droit civil de la province de Québec*, 1953, aux pp. 1245 et 1246.

D. W. R. Waters soulève le problème dans *Law of Trusts in Canada*, Carswell, 1974, c. 28: «The Trust in Quebec», aux pp. 948, 949 et 951, mais il ne le résoud pas.

Enfin, des auteurs comme Germain Brière et Roger Comtois ne traitent pas spécifiquement de la question, mais les principes qu'ils soutiennent paraissent plus compatibles avec la validité d'une donation fiduciaire faite en premier lieu pour le bénéfice des enfants à naître: Germain Brière, *Les Libéralités*, Editions Thémis, 7<sup>e</sup> éd., 1977, à la p. 55; Roger Comtois, *Les Libéralités*, Répertoire de droit, Doctrine, Document 1, 1979, n<sup>o</sup> 688, à la p. 238.

## 2. L'introduction de la fiducie en droit civil

Les textes législatifs qui s'appliquent se trouvent au chapitre intitulé «De la fiducie», le chapitre IV(A) du Titre «Des donations entre vifs et testamentaires». Il s'agit des art. 981a et suivants du *Code civil*. En voici les principaux:

**981a.** Toute personne capable de disposer librement de ses biens, peut transporter des propriétés mobilières ou immobilières à des fiduciaires par donation ou par testament, pour le bénéfice des personnes en faveur de qui elle peut faire valablement des donations ou des legs.

**981b.** Les fiduciaires, pour les fins de la fiducie, sont saisis, comme dépositaires et administrateurs, pour le bénéfice des donataires ou légataires, des propriétés mobilières ou immobilières à eux transportées en fiducie, et peuvent en revendiquer la possession, même contre les donataires ou légataires pour le bénéfice desquels la fiducie a été créée.



This seizin lasts only for the time stipulated for the duration of the trust; and while it lasts, the trustees may sue and be sued and take all judicial proceedings for the affairs of the trust.

981/. At the termination of the trust, the trustees must render an account, and deliver over all moneys and securities in their hands to the parties entitled thereto under the provisions of the document creating the trust, or entitled thereto by law.

They may also execute all transfers, conveyances, or other deeds necessary to vest the property held for the trust in the parties entitled thereto.

These provisions were not in the 1866 *Civil Code*, which only provided for a kind of testamentary trust in arts. 869 and 964:

869. A testator may name legatees who shall be merely fiduciary or simply trustees for charitable or other lawful purposes within the limits permitted by law; he may also deliver over his property for the same objects to his testamentary executors, or effect such purposes by means of charges imposed upon his heirs or legatees.

964. The legatee who is charged as a mere trustee, to administer the property and to employ it or deliver it over in accordance with the will, even though the terms used appear really to give him the quality of a proprietor subject to deliver over, rather than that of a mere executor or administrator, does not retain the property in the event of the lapse of the ulterior disposition, or of the impossibility of applying such property to the purposes intended, unless the testator has manifested his intention to that effect. The property in such cases passes to the heir or the legatee who receives the succession.

It was at that time impossible to create a trust by way of an *inter vivos* gift.

The provisions which were to become arts. 981*a* *et seq.* of the *Civil Code* were enacted in 1879, in the *Act respecting Trusts*, 1879 (Que.), c. 29. With minor changes, they were incorporated into the *Civil Code* in the 1888 statutory revision.

It has been said that this 1879 statute owed little or nothing to English law: see, for example, J.-Emile Billette, "Etudes de jurisprudence", *A propos de fiducie*, (1932) 11 *R. du D.* 38; Daniel

Cette saisine ne dure que le temps stipulé pour la durée de la fiducie; et aussi longtemps qu'elle dure, les fiduciaires peuvent poursuivre et être poursuivis et prendre tous procédés judiciaires pour les affaires de la fiducie.

981/. A l'expiration de la fiducie, les fiduciaires doivent rendre compte, et délivrer toutes les sommes d'argent et toutes les valeurs entre leurs mains, aux parties y ayant droit en vertu des dispositions du document créant la fiducie ou en vertu de la loi.

Ils doivent aussi exécuter les transports, cessions ou autres contrats nécessaires pour transférer la propriété tenue en fiducie aux parties y ayant droit.

Ces dispositions ne se trouvaient pas dans le *Code civil* de 1866 qui ne prévoyait qu'une sorte de fiducie testamentaire aux art. 869 et 964:

869. Un testateur peut établir des légataires seulement fiduciaires ou simples ministres pour des fins de bienfaisance ou autres fins permises et dans les limites voulues par les lois; il peut aussi remettre les biens pour les mêmes fins à ses exécuteurs testamentaires, ou y donner effet comme charge imposée à ses héritiers ou légataires.

964. Le légataire qui est chargé comme simple ministre d'administrer les biens et de les employer ou restituer pour les fins du testament, bien que dans les termes sa qualité paraisse réellement être celle de propriétaire grevé et non simplement d'exécuteur et administrateur, ne conserve pas les biens dans le cas de caducité de la disposition ultérieure ou de l'impossibilité de les appliquer aux fins voulues, à moins que le testateur n'ait manifesté son intention à ce sujet. Ces biens passent, en ce cas, à l'héritier ou au légataire qui recueille la succession.

Il était alors impossible de constituer une fiducie par donation entre vifs.

Les dispositions qui allaient devenir les art. 981*a* et suivants du *Code civil* ont été adoptées en 1879 dans l'*Acte concernant la fiducie*, 1879 (Qué.), chap. 29. Avec des changements mineurs, elles ont été incorporées au *Code civil* lors de la refonte de 1888.

On a soutenu que cette loi de 1879 ne devait rien ou à peu près rien au droit anglais: voir par exemple J.-Emile Billette «Etudes de jurisprudence», *A propos de fiducie*, (1932) 11 *R. du D.*

N. Mettarlin, "The Quebec Trust and the Civil Law", (1975) 21 *McGill L. J.* 175.

That is an exaggeration. The trust was known in the old French law, but Faribault (*supra*, at pp. 45-50 and at p. 393) showed that the Quebec trust is of English inspiration, as appears from the English terminology of art. 981a and which is explained by the earlier cases and legal practice in the drafting of wills: see also Armand Lavallée, "Donation fiduciaire", (1932) 11 *R. du D.* 227.

It is therefore legitimate to refer to English law, as this Court did in *Curran v. Davis*. And, as was indicated above, English law regards the deed of donation and trust now under consideration as valid. See also D.W.R. Waters, *supra*, at p. 96. However, the argument is not conclusive, because the entire English law of trusts was not incorporated into the civil law. Thus, for example, under arts. 981a *et seq.*, it is not possible to make oneself a trustee by means of a "declaration of trust": *O'Meara v. Bennett*, [1922] 1 A.C. 80. Additionally, the enactment of arts. 981a *et seq.* did not have the effect of introducing in Quebec the English distinction between legal title and beneficial ownership, a sort of dual ownership, and a concept foreign to Quebec law under which ownership is indivisible and vested in a single individual: *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7 at p. 16. See also *Laverdure v. Du Tremblay*, [1937] A.C. 666 at p. 682, *Greenshields et al. v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216 at p. 217, and *Crown Trust Co. v. Higher et al.*, [1977] 1 S.C.R. 418 at pp. 424-26. English law is relevant only in so far as it is compatible with arts. 981a *et seq.* of the *Civil Code*.

These articles refer to the provisions regarding gifts *inter vivos* and by will, the following of which are the most significant for the purposes of the case at bar, and were still in effect at the time the trust at issue was created:

**608.** In order to inherit it is necessary to be civilly in existence at the moment when the succession devolves; thus, the following are incapable of inheriting;

38; Daniel N. Mettarlin, «The Quebec Trust and the Civil Law», (1975) 21 *McGill L. J.* 175.

C'est là une exagération. La fiducie était connue de l'ancien droit français, mais Faribault, (précité, aux pp. 45 à 50 et à la p. 393) a démontré que la fiducie québécoise est d'inspiration anglaise, ce qui ressort de la terminologie anglaise de l'art. 981a et qui s'explique par la jurisprudence antérieure et la pratique des hommes de loi en matière de rédaction de testament: voir également Armand Lavallée, «Donation fiduciaire», (1932) 11 *R. du D.* 227.

Il est donc légitime de référer au droit anglais comme cette Cour l'a fait dans *Curran c. Davis*. Or, comme on l'a dit plus haut, le droit anglais considère comme valide la donation fiduciaire dont il est maintenant question. Voir également D.W.R. Waters, précité, à la p. 96. Mais l'argument n'est pas décisif car ce n'est pas tout le droit anglais des trusts qui a été introduit en droit civil. Ainsi par exemple, on ne peut, en vertu des art. 981a et suivants, se constituer soi-même fiduciaire au moyen d'une «*declaration of trust*»: *O'Meara v. Bennett*, [1922] 1 A.C. 80. Au surplus, l'adoption des art. 981a et suivants n'a pas eu pour effet d'introduire au Québec la distinction anglaise entre le «*legal title*» et le «*beneficial ownership*», sorte de dédoublement de la propriété, notion étrangère au droit québécois qui veut que la propriété reste unique et porte toute entière sur une seule tête: *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7 à la p. 16. Voir également *Laverdure v. Du Tremblay*, [1937] A.C. 666 à la p. 682, *Greenshields et autre c. La Reine*, [1958] R.C.S. 216 à la p. 217, et *Crown Trust Co. c. Higher et autre*, [1977] 1 R.C.S. 418 aux pp. 424 à 426. Le droit anglais n'est donc pertinent que dans la mesure de sa compatibilité avec les art. 981a et suivants du *Code civil*.

Ceux-ci renvoient aux dispositions relatives aux donations entre vifs et testamentaires dont voici celles qui importent le plus pour les fins de l'espèce et qui étaient encore en vigueur au moment de la constitution de la fiducie en litige:

**608.** Pour succéder, il faut exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession; ainsi sont incapables de succéder:

1. Persons who are not yet conceived;
2. Infants who are not viable when born.

**754.** A person cannot dispose of his property by gratuitous title, otherwise than by gift *inter vivos* or by will.

**755.** Gift *inter vivos* is an act by which the donor divests himself, by gratuitous title, of the ownership of a thing, in favor of the donee, whose acceptance is requisite and renders the contract perfect. This acceptance makes it irrevocable, saving the cases provided for by law, or a valid resolute condition.

**765.** All persons capable of succeeding and of acquiring may receive by gifts *inter vivos*, saving any exception established by law, and subject to the necessity of legal acceptance by the donee, or by a person qualified to accept for him.

**766.** Corporations may acquire by gifts *inter vivos*, as by other contracts, such property as they are allowed to possess.

**767.** Minors become of age, and persons who have been under the control of others, cannot give *inter vivos* to their former tutors or curators, so long as their administration actually continues and they have not rendered their account; [they may however give to their own ascendants who have exercised these offices.]

**768.** Gifts *inter vivos* made in favor of the person with whom the donor has lived in concubinage, or of the incestuous or adulterine children of such donor, are limited to maintenance.

This restriction does not apply to gifts made in a contract of marriage entered into between the concubinaries.

Other illegitimate children may receive by gift *inter vivos* like all other persons.\*

**771.** The capacity to give or to receive *inter vivos* is to be considered relatively to the time of the gifts. It must exist at each period, with the donor and with the donee, when the gift and the acceptance are effected by different acts.

It suffices that the donee be conceived at the time of the gift or when it takes effect in his favor, provided he be afterwards born viable.

**772.** The favor given to contracts of marriage renders valid the gifts therein made to the children to be born of the intended marriage.

\* This article was repealed by 1980 (Que.), c. 39, s. 35.

1. Celui qui n'est pas encore conçu;
2. L'enfant qui n'est pas né viable.

**754.** On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation faite entre vifs ou par testament.

**755.** La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille à titre gratuit de la propriété d'une chose, en faveur du donataire dont l'acceptation est requise et rend le contrat parfait. Cette acceptation la rend irrévocable, sauf les cas prévus par la loi, ou une condition résolutoire valable.

**765.** Toutes personnes capables de succéder et d'acquies peuvent recevoir par donation entre vifs, à moins de quelque exception établie par la loi, et sauf la nécessité de l'acceptation légalement faite par le donataire ou par une personne habile à accepter pour lui.

**766.** Les corporations peuvent acquies par donations entre vifs comme par autres contrats, dans la limite des biens qu'elles peuvent posséder.

**767.** Les mineurs devenus majeurs, et autres qui ont été sous puissance d'autrui, ne peuvent donner entre vifs à leurs anciens tuteurs ou curateurs pendant que leur administration se continue de fait et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte; [ils peuvent cependant donner à leurs propres ascendants qui ont exercé ces charges.]

**768.** Les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins sont limitées à des aliments.

Cette prohibition ne s'applique pas aux donations faites par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires.

Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entre vifs comme toutes autres personnes.\*

**771.** La capacité de donner et de recevoir entre vifs se considère au temps de la donation. Elle doit exister à chaque époque chez le donateur et chez le donataire lorsque le don et son acceptation ont lieu par des actes différents.

Il suffit que le donataire soit conçu lors de la donation, ou lorsqu'elle prend effet en sa faveur, s'il est ensuite né viable.

**772.** La faveur des contrats de mariage rend valides les donations qui y sont faites aux enfants à naître du mariage projeté.

\* Cet article a été abrogé par 1980 (Qué.), chap. 39, art. 35.

It is not necessary that the substitute should be in existence at the time of the gift by which the substitution is created.

929. Substitutions may be created by gifts *inter vivos*, made in contracts of marriage or otherwise, by gifts in contemplation of death made in contracts of marriage, or by will.

The capacity of the persons is governed in each case by the nature of the act.

The disposition which creates the substitution may be conditional like any other gift or legacy.

Substitutions may be appended to dispositions that are either universal, or by general title, or by particular title.

The substitute need not be present at the gift *inter vivos* which creates the substitution in his favor; he need not even have been born nor conceived at the time of the act.

Not only are these provisions older than the chapter on trusts, but for the most part they are derived from the most characteristic rules of a secular law. The introduction of the trust into such a closely-knit system of civil law was bound to present difficult problems, such as that before the Court, and to give rise to the most lively controversies, some of which still continue.

### 3. Acceptance of the trust

One of these controversies, which affects the outcome of the case at bar, concerns the acceptance of the trust. Does acceptance by the trustee suffice to render the creation of the trust irrevocable or must the beneficiary accept?

Article 981*a* provides that the trust can be made by gift, and art. 981*b* refers to the beneficiary as to a donee. Article 755 provides that acceptance by the donee is necessary and makes the contract perfect and irrevocable. It has thus been argued that acceptance by the beneficiary of the trust is necessary: Billette, *Donations et testaments*, Montréal, 1933, at p. 341; Mignault held the contrary view, relying primarily on English law: *Le droit civil canadien*, vol. 5, at pp. 157-58.

Il n'est pas nécessaire que les appelés en substitution existent lors de la donation qui l'établit.

929. L'on peut créer une substitution par donation entre vifs en un contrat de mariage ou autrement, par donation à cause de mort en un contrat de mariage, ou par testament.

La capacité des personnes suit dans chaque cas la nature de l'acte.

La disposition qui substitue peut être conditionnelle comme toute autre donation ou legs.

La substitution peut être attachée à une disposition soit universelle, ou à titre universel, ou à titre particulier.

Il n'est pas nécessaire que l'appelé ait été présent à la donation entre vifs qui substitue en sa faveur; il peut même n'avoir été ni né ni conçu lors de l'acte.

Non seulement ces dispositions sont-elles antérieures au chapitre de la fiducie mais, pour la plupart, elles sont dérivées des règles les plus caractéristiques d'un droit séculaire. L'introduction de la fiducie dans un système aussi intégré de droit civil allait poser des problèmes difficiles comme celui qu'il nous faut trancher et susciter les controverses les plus vives dont certaines durent encore.

### 3. L'acceptation de la fiducie

L'une de ces controverses, qui affecte le sort du présent litige, concerne l'acceptation de la fiducie. L'acceptation du fiduciaire suffit-elle à rendre la constitution de fiducie irrévocable ou bien faut-il l'acceptation du bénéficiaire?

L'article 981*a* dispose que la fiducie peut se faire par donation et l'art. 981*b* réfère au bénéficiaire comme à un donataire. Or l'article 755 prescrit que l'acceptation du donataire est requise et rend le contrat parfait et irrévocable. On a donc enseigné que l'acceptation du bénéficiaire de la fiducie est requise: Billette, *Donations et testaments*, Montréal, 1933, à la p. 341; Mignault enseignait le contraire en se fondant surtout sur le droit anglais: *Le droit civil canadien*, t. 5, aux pp. 157 et 158.

This Court upheld the view of Mignault in *Curran v. Davis*.

For the purposes of the case at bar, that case has a negative determining effect: if indeed the opposite conclusion had been reached in *Curran v. Davis*, the question which the Court has to answer would no longer arise, since a contract cannot be made with non-existent persons whose acceptance is necessary to make the contract perfect and irrevocable.

It is therefore not possible to conclude from *Curran v. Davis* that the deed of donation and trust at issue is valid, but it removes one obstacle to its validity, since it establishes that acceptance by the trustee suffices to make the creation of the trust irrevocable.

#### 4. *The ownership of the trust property*

Another controversy resulting from the introduction of the trust into Quebec civil law concerns ownership of the property while the trust lasts.

Since the courts have rejected the English concept of dual ownership in favour of sole ownership vested in a single person, the question has arisen as to who is owner of the property while the trust lasts. This difficult question has been answered by the writers with various theories, some of which are ingenious and indeed attractive, but none of which may be entirely satisfactory. A description of most of these theories is to be found in a posthumous article by Yves Caron, completed by J. E. C. Brierley, "The Trust in Quebec", (1980) 25 *McGill L. J.* 421.

According to the first theory, it is the beneficiary of the trust who owns the property conveyed to him in trust. This was the view of Mignault initially, in his *Treatise Le droit civil canadien*, vol. 5, at p. 155. It is also the view of Billette, "Etudes de jurisprudence", "A propos de fiducie", (1932) *R. du D.* 38. See also René-H. Mankiewicz, "La fiducie québécoise et le trust de common law", (1952) 12 *R. du B.* 16.

If this theory were to prevail, the trust at issue in the case at bar would be void, since for a certain

C'est à Mignault que cette Cour a donné raison dans *Curran c. Davis*.

Pour les fins de la présente cause, ce dernier arrêt est déterminant de façon négative: si en effet on avait décidé en sens inverse dans *Curran c. Davis*, la question à laquelle nous avons à répondre ne se poserait plus puisque l'on ne peut contracter avec des personnes inexistantes dont l'acceptation est requise pour rendre le contrat parfait et irrévocable.

*Curran c. Davis* ne permet donc pas de conclure à la validité de la donation fiduciaire qui fait l'objet du litige, mais il supprime un obstacle à sa validité puisqu'il établit que l'acceptation du fiduciaire suffit à rendre la constitution de fiducie irrévocable.

#### 4. *La propriété des biens transportés en fiducie*

Une autre controverse suscitée par l'introduction de la fiducie dans le droit civil québécois porte sur la propriété des biens pendant la fiducie.

Puisque l'on rejetait la notion anglaise du dédoublement de la propriété pour s'en tenir à une propriété unique portant sur une seule tête, on s'est demandé qui, pendant la fiducie, est propriétaire des biens. A cette question difficile les auteurs ont répondu par diverses théories dont quelques unes sont ingénieuses, voire séduisantes, mais dont il est possible qu'aucune ne soit entièrement satisfaisante pour l'esprit. On trouvera une description de la plupart de ces théories dans un article posthume d'Yves Caron complété par J. E. C. Brierley, "The Trust in Quebec", (1980) 25 *McGill L. J.* 421.

Suivant une première théorie, c'est le bénéficiaire de la fiducie qui est le propriétaire des biens transportés en fiducie. C'était l'opinion de Mignault au début, dans son traité *Le droit civil canadien*, t. 5, à la p. 155. C'est aussi celle de Billette, "Etudes de jurisprudence", *A propos de fiducie*, (1932) 11 *R. du D.* 38. Voir également René-H. Mankiewicz, "La fiducie québécoise et le trust de common law", (1952) 12 *R. du B.* 16.

Si cette théorie devait prévaloir, la fiducie en litige dans la présente affaire serait nulle car

period of time ownership of the property in the trust would have been vested in no one.

Mignault changed his mind following the decision in *Curran v. Davis*, and espoused another theory: the trust property is owned by the trustee; Mignault, "A propos de fiducie", (1933) 12 *R. du D.* 73; "La fiducie dans la province de Québec", *Travaux de la semaine internationale de droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1937, at pp. 35-55. See also, to the same effect, Peter E. Graham, "Some Peculiarities of Trusts in Quebec", (1962) 22 *R. du B.* 137; Lionel Rubin, *supra*, at pp. 32-45; Roger Comtois, *supra*, at pp. 240 and 243.

If this theory is the correct one, there is no further impediment to the validity of the trust at issue, since, while it lasts, it is not necessary that there be beneficiaries in whom ownership of the property conveyed in trust be vested.

The other theories are somewhat more innovative.

According to Faribault's theory, *supra*, there is a quasi-personification of the trust, which becomes an authentic institution, and the property conveyed in trust is owned by this institution. See also C. H. Lalonde, *Traité de Droit civil du Québec*, vol. 6, Montreal, Wilson and Lafleur, 1958, at pp. 449 *et seq.*; Louis Baudouin, *supra*, at pp. 1249 *et seq.*; *No. 199 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 488.

Faribault's theory is somewhat analogous to that of the French jurist P. LePauille (*Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, Rousseau et Cie., 1932) who contends that the trust is a patrimony not vested in a person or a patrimony of assignment to a purpose. This is the position which Cantin Cumyn seems to approve: *supra*, No. 101, at pp. 71-72.

Finally, the most recent theory is an attempt to give a complete explanation of the trust purely in terms of the civil law: the powers of the trustee over the trust property are said to constitute a dismemberment of the ownership; the ultimate beneficiaries of the trust are the owners under a suspensive condition, and the grantor of the trust

durant un certain temps la propriété des biens de la fiducie n'aurait reposé sur personne.

A la suite de l'arrêt *Curran c. Davis*, Mignault s'est ravisé et a souscrit à une autre doctrine: c'est le fiduciaire qui est propriétaire des biens de la fiducie; Mignault, «A propos de fiducie», (1933) 12 *R. du D.* 73; «La fiducie dans la province de Québec», *Travaux de la semaine internationale de droit*, t. 5, Paris, Sirey, 1937, aux pp. 35 à 55. Voir également, dans le même sens, Peter E. Graham, «Some Peculiarities of Trusts in Quebec», (1962) 22 *R. du B.* 137; Lionel Rubin, précité, aux pp. 32 à 45; Roger Comtois, précité, aux pp. 240 et 243.

Si c'est cette doctrine qui est la bonne, il n'y a plus d'empêchement à la validité de la fiducie en litige puisqu'il n'est plus nécessaire pendant qu'elle dure qu'il existe des bénéficiaires sur la tête de qui repose la propriété des biens transportés en fiducie.

Les autres théories sont plus originales.

Selon la thèse de Faribault, précité, il se produit une quasi personification de la fiducie qui devient une véritable institution. C'est cette institution même qui serait propriétaire des biens transportés en fiducie. Voir également: C.H. Lalonde, *Traité de Droit civil du Québec*, t. 6, Montréal, Wilson et Lafleur, 1958, aux pp. 449 et suivantes; Louis Baudouin, précité, aux pp. 1249 et suivantes; *No. 199 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 488.

Le thèse de Faribault comporte des analogies avec celle du juriste français P. LePauille (*Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, Rousseau et Cie., 1932) d'après lequel la fiducie serait un patrimoine sans sujet de droit ou patrimoine d'affectation. C'est la position que Cantin Cumyn paraît approuver: précité, n° 101, aux pp. 71 et 72.

Enfin la théorie la plus récente est une tentative d'explication complète de la fiducie en termes de pur droit civil: les pouvoirs du fiduciaire sur les biens de la fiducie constitueraient un démembrement de la propriété; les bénéficiaires ultimes de la fiducie seraient propriétaires sous condition suspensive et le constituant de la fiducie ou sa succes-

or his estate are owners under a resolutive condition: *Mettarlin, supra*, at pp. 218-23.

The only one of all these theories which can be said to have received judicial support is Mignault's second theory, namely that while the trust lasts the trustee is owner of the property conveyed to him in trust. It must also be said that this support has only been given with hesitation and reservations.

Paradoxically, this theory seems to have been taken for granted at the outset, with regard to the testamentary trust authorized by art. 869 of the *Civil Code*, prior to the enactment of the *Act respecting Trusts*.

In *Abbot v. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96, the issue was the validity of a will by which the testator bequeathed the greater part of his fortune to trustees who were required to obtain the incorporation of an institution which would become a public library and museum known as the "Fraser Institute", and then to convey all the property so bequeathed to this corporation. The Judicial Committee reversed the majority decision of the Court of Appeal of Quebec and restored the judgment of the Superior Court, which had found this will valid. At pages 122 and 123, there are the following passages of the decision of the Judicial Committee, given by Sir Montague Smith:

The devise is, in the first instance, to the trustees, and under it they are empowered, at least for a time, to hold and administer the property for the purpose of the trust, and until, in further execution of the trust, a corporation is created with authority to administer it.

It appears to [their Lordships] that the devise to the trustees was meant to be limited and transitory, the property remaining in them only until they could execute the ultimate purpose of the devise.

One of the arguments made against the validity of this will was that it bequeathed property to a corporation which did not exist at the time the succession devolved. The Judicial Committee dismissed this objection as follows, at pp. 124-25:

sion seraient propriétaires sous condition résolutoire: *Mettarlin*, précité, aux pp. 218 à 223.

De toutes ces théories, la seule dont on puisse dire qu'elle a reçu l'appui de la jurisprudence est la seconde théorie de Mignault qui veut que, durant la fiducie, le fiduciaire soit propriétaire des biens transportés en fiducie. Encore faut-il observer que cet appui n'a été accordé qu'avec des hésitations et des réserves.

Paradoxalement, cette doctrine paraît avoir été considérée comme allant de soi au début lorsqu'il s'agissait de la fiducie testamentaire prévue par l'art. 869 du *Code civil*, antérieur à l'adoption de l'*Acte concernant la fiducie*.

Dans *Abbot v. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96, il s'agissait de la validité d'un testament par lequel le testateur légua la plus grande partie de sa fortune à des fiduciaires à charge par eux de faire incorporer une institution qui devrait devenir une bibliothèque publique et un musée s'appelant «Fraser Institute», et de transporter ensuite à cette corporation tous les biens ainsi légués. Le Comité judiciaire infirme l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec et rétablit le jugement de la Cour supérieure lequel avait conclu à la validité de ce testament. Aux pages 122 et 123, on trouve les passages suivants de l'arrêt du Comité judiciaire rendu par sir Montague Smith:

[TRADUCTION] D'abord, le legs est fait aux fiduciaires et, en vertu de celui-ci, ils ont le pouvoir, pour un certain temps du moins, de détenir et d'administrer les biens pour les fins de la fiducie jusqu'à ce que, pour la réalisation définitive de celle-ci, soit créée une corporation ayant le pouvoir d'administrer les biens.

Il est évident [à leurs Seigneuries] qu'on a voulu que le legs aux fiduciaires soit limité et temporaire, les biens ne leur appartenant que le temps nécessaire pour réaliser le but ultime du legs.

L'un des moyens invoqués à l'encontre de la validité de ce testament était qu'il légua des biens à une corporation inexistante au moment de l'ouverture de la succession. Voici comment le Comité judiciaire rejette cette objection, aux pp. 124 et 125:

The third and remaining objection is that the gift failed, being a gift to a society not in existence at the testator's death.

If the devise had been to a society or a corporation to be afterwards called into existence or created without the interposition of fiduciary legatees or trustees, this objection might have given occasion to difficulties of great weight.

It was said by the Court of first instance in *Des Rivières v. Richardson* [Stuart's Rep. 218]:—

“It may be admitted that, if by a will an immediate devise is made to a corporation not in existence, it will be void, as there is no such corporate body to receive, and it would be equally void even if the corporation were afterwards created without some special and express law to take the case out of the general principle.”

But it was also said in the same case in the Court of Appeal:—

“The second ground of objection is also untenable, for although it is admitted that a legacy is lapsed (*i.e.*, ‘*caduque*’) when left to an individual, or to a body politic and corporate, not *in esse*; yet the principle does not apply to this case, inasmuch as the trustees were all alive when the testator made his will, and they received the bequest for the benefit of the *Royal Institution*, as soon as it should please the Provincial Government to give to airy nothing ‘a local habitation and a name.’”

That case no doubt differed in some of its facts from the present, as the *Royal Institution* had been, in some sense, incorporated before the date of the will; but the principle is asserted in it that the intervention of trustees will, in some cases at least, prevent a lapse.

Their Lordships on this point, having regard to Art. 869, which permits the appointment of fiduciary legatees for charitable and other lawful purposes, and to Art. 838, which, in the case of legacies suspended after the testator's death in consequence of a condition or substitution, declares that the capacity to receive is to be considered relatively to the time when the right comes into effect, are of opinion that there has been no lapse in this case, and that the trustees may carry the purpose of the testator into effect if and when the corporation of the *Fraser Institute* is duly incorporated. The transfer of the property to the corporation is directed to be made by conveyance from the trustees, who, in then making it, will execute the lawful purpose for which the property was entrusted to them.

Similarly, in *Masson v. Masson*, speaking of a testamentary trust made before the 1866 *Civil*

[TRADUCTION] Le troisième et dernier argument est que le legs est caduc, étant un legs à une société ou corporation inexistante au décès du testateur.

Si le legs avait été fait à une société ou une corporation devant être constituée ou créée sans l'interposition de légataires fiduciaires ou de fiduciaires, cet argument aurait pu donner lieu à de graves difficultés.

La cour de première instance a dit dans *Des Rivières v. Richardson* [Stuart's Rep. 218]:—

«On concède qu'un legs fait dans un testament directement à une corporation qui n'existe pas est nul puisqu'il n'y a pas d'entité corporative pour le recevoir et il serait aussi nul si la corporation était créée par la suite sans disposition spéciale et expresse de droit pour soustraire le cas au principe général.»

Mais la Cour d'appel dit aussi, dans la même affaire:—

«Le deuxième moyen de contestation est aussi insoutenable, parce que, même s'il est reconnu qu'un legs est caduc s'il est fait à une personne ou une corporation qui n'existe pas, néanmoins, ce principe ne s'applique pas à l'espèce, puisque les fiduciaires étaient tous vivants quand le testateur a fait son testament et qu'ils ont reçu le legs pour le bénéfice de la *Royal Institution*, dès qu'il a plu au gouvernement de la province de donner un nom et un domicile au néant.»

Cette affaire-là diffère sans doute de la présente sous certains aspects puisque la *Royal Institution* avait été, d'une certaine manière, créée avant la date du testament, mais le principe y est affirmé que dans certains cas l'interposition de fiduciaires empêche la caducité du legs.

Tenant compte de l'art. 869 qui permet la nomination de légataires fiduciaires pour des fins de bienfaisance et pour d'autres fins permises par la loi, et tenant compte de l'art. 838 qui prévoit que, dans le cas de legs suspendus après le décès du testateur par suite d'une condition ou d'une substitution, la capacité de recevoir doit s'évaluer au moment où le droit est ouvert, leurs Seigneuries sont, sur ce point, d'avis qu'il n'y a pas caducité en l'espèce et que les fiduciaires peuvent réaliser la volonté du testateur dès que la corporation du *Fraser Institute* sera créée. Il y a directive de transporter les biens par cession des fiduciaires qui, ce faisant, réaliseront la fin légitime pour laquelle les biens leur ont été confiés.

De même, dans *Masson c. Masson*, parlant d'une fiducie testamentaire antérieure au *Code*



*Code*, Sir Charles Fitzpatrick C.J. considered, at pp. 73, 74, 75 and 76, that property bequeathed in trust is vested in the trustees. Duff J., as he then was, expressed his agreement. Anglin J., as he then was, gave a similar opinion at pp. 83, 84, 87 and 89.

In the case of the trust in arts. 981a *et seq.*, however, the situation at first appears to have been different. The first time that this Court discussed these provisions was in *Laliberté v. Larue*, and it stated at pp. 16 and 20 that art. 981a does not have the effect of transferring ownership to the trustees. However, this was an *obiter dictum* which has become incompatible with subsequent decisions.

In theoretical terms, there is no reason why the solution should differ, with regard to the ownership of trust property, depending on whether there is a testamentary trust covered by art. 869 of the *Civil Code* or a trust covered by arts. 981a *et seq.* The difficulty arose, however, from the ambiguity of these new provisions. Thus, art. 981a provided that trust property is *conveyed* to trustees, whom art. 981b describes as *depositaries* and *administrators*, whereas the same section refers to the beneficiaries as *donees* or *legatees*. On the other hand, art. 981l provides that at the termination of the trust, the trustees must do whatever is necessary to *vest the property held for the trust in the parties entitled thereto*.

This Court dealt with these problems in *Curran v. Davis*. That case concerned a deed of donation and trust. The grantor reserved a life interest in the income from the trust. The beneficiaries were the grantor's wife and his adoptive son, who received life annuities, and the grantor's son, who was given the capital. However, it was stipulated that the trustees would continue to hold the trust property for fifty years after the grantor's death. The grantor subsequently purported to revoke the benefit conferred on his adoptive son, before the latter had accepted it; as I mentioned above, it was held that this revocation was void because the acceptance by the trustees sufficed to make the trust perfect and irrevocable.

*civil* de 1866, le juge en chef sir Charles Fitzpatrick opine aux pp. 73, 74, 75 et 76, que ce sont les fiduciaires qui sont investis des biens légués en fiducie. Le juge Duff, plus tard Juge en chef, est d'accord avec lui. Le juge Anglin, plus tard Juge en chef, écrit dans le même sens aux pp. 83, 84, 87 et 89.

Mais s'il s'agit de la fiducie des art. 981a et suivants, il semble au début devoir en aller autrement. La première fois que cette Cour discute de ces dispositions, dans *Laliberté c. Larue*, c'est pour dire, aux pp. 16 et 20, que l'art. 981a n'a pas pour effet de transmettre le titre de propriétaire aux fiduciaires. Mais il s'agissait là d'une opinion incidente devenue incompatible avec des décisions subséquentes.

Au plan théorique, il n'y avait pas de raison pour que la solution diffère, quant à la propriété des biens de la fiducie, selon qu'il s'agit d'une fiducie testamentaire régie par l'art. 869 du *Code civil* ou de la fiducie régie par les art. 981a et suivants. Mais la difficulté résultait de l'ambiguïté de ces nouveaux textes. Ainsi, l'art. 981a dispose que les biens de la fiducie sont *transportés* aux fiduciaires que par ailleurs l'art. 981b décrit comme des *dépositaires* et *administrateurs* tandis que le même article réfère aux bénéficiaires comme à des *donataires* ou *légataires*. Par ailleurs l'art. 981l prescrit qu'à l'expiration de la fiducie, les fiduciaires doivent poser les actes nécessaires pour *transférer la propriété tenue en fiducie aux parties y ayant droit*.

Cette Cour confrontera ces difficultés dans *Curran c. Davis*. Il s'agissait d'une donation fiduciaire. Le constituant se réservait le revenu de la fiducie sa vie durant. Les bénéficiaires étaient l'épouse du constituant et son fils adoptif pour des rentes annuelles viagères, ainsi que le fils du constituant, auquel était donné le capital. Mais il était stipulé que les fiduciaires resteraient saisis des biens de la fiducie pendant cinquante ans après la mort du constituant. Le constituant a subséquemment prétendu révoquer l'avantage fait à son fils adoptif avant que ce dernier ne l'ait accepté; comme je l'ai dit plus haut, il a été décidé que cette révocation était nulle car l'acceptation des fiduciaires avait suffi à rendre la fiducie parfaite et irrévocable.

This court was a unanimous judgment of the Court in which reasons were delivered by Rinfret J., as he then was. After noting, at pp. 304-05, that the gift or legacy mentioned in art. 981a is not a gift or legacy as it had been understood in the Code up to that time, and still less a gift or legacy to which the ordinary rules of the *Civil Code* can be applied, he went on, at p. 305:

[TRANSLATION] Similarly, when Art. 981a C.C. refers to the trustees as “depositories and administrators”, and to the beneficiaries as “donees or legatees”, it is impossible to take these words in the full sense which they have in the other chapters of the Code. It is clear that trustees are something different from ordinary depositories or administrators. In fact, they have nearly all the rights of the owner without having title; and it is hardly necessary to show that the title “Of deposit” in the *Civil Code* has only a very remote connection with the situation created for trustees by the chapter “Of trusts”.

So far as the beneficiaries are concerned, they clearly are not donees or legatees as these are usually understood. They are in all respects third parties for the benefit of whom the creator of the trust has made a stipulation.

According to this passage, all the trustees really lack is the title of owner. At p. 294, Rinfret J. writes that the *de facto* owner is the son of the donor, the eventual beneficiary of the capital; [TRANSLATION] “but he is only a nominal owner”. However, at p. 293, Rinfret J. wrote:

[TRANSLATION] This gift to the trustees, or if one prefers, this conveyance (to use the word in Art. 981a C.C.), is in the words of the deed itself declared to be “irrevocable” by the donor himself. The terms on which this gift is made are that the “thing given”, described as the “trust property”, will be held in trust by the trustees for the purposes and for the benefit of the persons in whose favour the trust has been created. The trustees will however not be owners in the absolute sense. Although they are sole apparent owners with regard to third parties, the trustees will not have the *usus*, nor the *fructus* or the *abusus* of the trust property. This property however is in their names, and in the particular case now before the Court, it will never be in the name of Philippe Meyer Davis. The latter has no right of ownership over the thing given. At the time the trust was created, he simply acquired a claim against this trust.

Il s’agit d’un arrêt unanime de la Cour dont les motifs sont écrits par le juge Rinfret, plus tard Juge en chef. Après avoir écrit, aux pp. 304 et 305 que la donation ou le legs dont il est question à l’art. 981a n’est pas une donation ou un legs dans le sens jusque là compris dans le Code et encore moins une donation ou un legs auquel on peut appliquer les règles ordinaires du *Code civil*, il continue à la p. 305:

De même lorsque l’article 981a C.C. réfère aux fiduciaires comme «dépositaires et administrateurs», et aux bénéficiaires comme «donataires ou légataires», il est impossible d’entendre ces mots dans la pleine et entière acception qu’ils ont dans les autres chapitres du code. Il est évident que les fiduciaires sont toute autre chose que des dépositaires ou des administrateurs ordinaires. En fait, ils possèdent à peu près tous les droits du propriétaire sans en avoir le titre; et il serait oiseux de démontrer que le titre du dépôt, du code civil, n’a qu’une bien lointaine analogie avec la situation créée aux «trustees» par le chapitre de la fiducie.

Quant aux bénéficiaires, il est clair qu’ils ne sont pas des donataires ou légataires comme on les comprend habituellement. Ils sont, à tous égards, des tiers au profit desquels le créateur du trust a fait une stipulation.

Selon ce passage, il ne manquerait pratiquement aux fiduciaires que le titre de propriétaire. A la p. 294, le juge Rinfret écrit que le propriétaire «de fait» est le fils du donateur, bénéficiaire éventuel du capital; «mais il n’est qu’un propriétaire nominal». Cependant, à la p. 293, le juge Rinfret avait écrit:

Cette donation aux «trustees», ou, si l’on veut, ce transport (pour employer l’expression de l’article 981a C.C.), est, dans les termes mêmes de l’acte, déclaré «irrévocable» par le donateur lui-même. Les conditions auxquelles cette donation est subordonnée sont que la «chose donnée», appelée «trust property», sera détenue en fiducie par les «trustees» pour les fins et pour le bénéfice des personnes en faveur de qui le «trust» est constitué. Les «trustees» n’en seront cependant pas propriétaires, dans le sens absolu du mot. Les «trustees», bien que seuls propriétaires apparents à l’égard des tiers, n’auront ni l’*usus*, ni le *fructus*, ni l’*abusus* de la «trust property». Cette «property» toutefois est à leur nom; et, dans le cas particulier qui nous occupe, elle ne sera jamais au nom de Philippe Meyer Davis. Ce dernier n’a aucun droit de propriété sur la chose donnée. Au moment de la création du «trust», il a simplement acquis une créance contre ce «trust».

At page 294, he also stated:

[TRANSLATION] Throughout this period of time, the trustees actually have all the rights of an owner over the thing given, except that they can derive no personal advantage from it, and with, in addition, the special requirement that they have a duty to administer the property for the benefit of the beneficiaries; this means that they cannot allow the property to deteriorate without running the risk of being dismissed by the Court. They have a duty to perform the functions which they have accepted and to make the property conveyed to them productive. Under the contract submitted to the Court, the trustees have the seizin of the trust property, and the beneficiaries cannot claim as against them either possession of the property or even, while the trust lasts, any other right than that payment shall be made to them, or rights which may result from the dissipation or wastage of the trust property. In the latter case, however, the trust would not terminate, and the trustees would be replaced by others. In the meantime, they can sell, exchange, replace, borrow and hypothecate as they see fit, without intervention by the beneficiaries, and in their most absolute discretion.

The result of this is to give the trustees a kind of [TRANSLATION] “right of ownership, temporary and limited as to its effects”, as Mignault observes in his article cited above: “A propos de fiducie”, at p. 78, where he comments on *Curran v. Davis*. At p. 79, he also bases his argument on *Masson v. Masson*. Mignault returns to this argument in his address referred to above, “La fiducie dans la province de Québec”. He did so before Rinfret J., who intervened to give his approval in the following terms, to be found at pp. 144-45 of *La fiducie en droit moderne*, fifth volume of the *Travaux de la semaine internationale de droit*, Paris, Sirey, 1937:

[TRANSLATION] The great difficulty we have found in attempting to reconcile the system of the English trust with French law, which is our own system, and formulating a unified approach on the question of the trust, was of course this fundamental principle that ownership is always vested in someone. As, however, it had to be concluded that the beneficiary was not yet the owner, and that under the wording of our Code, the trustee was not completely the owner, or at least was not an owner in the full sense, we attempted to find some means of reconciling the two legal concepts.

A la page 294, il avait également écrit:

Pendant toute cette période de temps, les «trustees» ont véritablement tous les droits du propriétaire sur la chose donnée, sauf qu'ils ne peuvent en tirer aucun avantage personnel, et avec, en plus, cette particularité qu'ils ont l'obligation d'administrer les biens au profit des bénéficiaires; nous voulons dire: qu'ils ne sauraient les laisser dépérir sans s'exposer à être démis par la cour. Ils ont le devoir de remplir les fonctions qu'ils ont acceptées et de faire fructifier la propriété qui leur a été transportée. Les «trustees», en vertu du contrat qui nous est soumis, ont la saisine de la «trust property», et les bénéficiaires ne peuvent revendiquer contre eux ni la possession de la «property», ni même, pendant la durée de la fiducie, aucun autre droit que celui du paiement de leur créance, ou ceux qui résulteraient de la dissipation ou du gaspillage de la «trust property». Mais, dans ce dernier cas, le trust ne prendrait pas fin, et les «trustees» seraient remplacés par d'autres. Dans l'intervalle, ils peuvent vendre, échanger, remplacer, emprunter, hypothéquer à leur gré, sans l'intervention des bénéficiaires, et suivant la discrétion la plus absolue.

C'était là reconnaître aux fiduciaires une sorte de «droit de propriété temporaire et restreint quant à ses effets» comme le dit Mignault dans son article précité: “A propos de fiducie”, à la p. 78 où il commente *Curran c. Davis*. A la p. 79, il s'appuie également sur *Masson c. Masson*. Mignault reprend la même thèse dans sa communication précitée, “La fiducie dans la province de Québec”. Il le fait en présence du juge Rinfret qui intervient pour l'approuver dans les termes suivants que l'on trouve aux pp. 144 et 145 de *La fiducie en droit moderne*, cinquième tome des *Travaux de la semaine internationale de droit*, Paris, Sirey, 1937:

La grande difficulté que nous avons rencontrée pour essayer de concilier le système du «trust» anglais avec le droit français, qui est le nôtre, et de les faire s'accorder sur la question de la fiducie, c'était, bien entendu, ce grand principe qui veut que la propriété repose toujours sur la tête de quelqu'un. Or, comme il fallait en arriver à la conclusion que le bénéficiaire n'était pas encore propriétaire, et que, d'autre part, d'après le texte de notre Code, le fiduciaire ne l'était pas tout à fait, ou, en somme, n'était pas un propriétaire dans toute la force du terme, nous nous demandions de quelle façon il y avait moyen de concilier les deux concepts de droit.

We arrived at the conclusion, or if you will the solution, suggested by Mr. Mignault [...] that under the Canadian system, the trustee should be regarded as owner.

In *Guaranty Trust Co. of New York v. The King*, [1948] S.C.R. 183, an estate tax case, Taschereau J., as he then was, speaking for himself and for Rinfret C.J., at pp. 204, 205 and 206, quotes lengthy passages from *Masson v. Masson*, *Curran v. Davis* and Mignault's article "A propos de fiducie"; without formally taking any position on the ownership of property bequeathed in trust, he concluded that in that case the trustees had seizin of the moveable and immovable property. Though he dissented, he agreed with the majority that the beneficiaries of the income are only creditors of the trustees and have no right of ownership in the trust property.

*Greenshields et al. v. The Queen* is another estate tax case. Taschereau J., as he then was, speaking for the majority, refers to arts. 981*a et seq.*, to *Laverdure v. Du Tremblay*, to *Curran v. Davis* and to a [TRANSLATION] "remarkable article" by Mignault, titled "A propos de fiducie". On p. 218 he writes:

[TRANSLATION] ... appellants are in fact the trust administrators of the property bequeathed. They exercise over the latter a right of ownership limited by the enactments and the cases quoted above; they are accountable to the legatees for the income allocated to them.

Finally, in *Reford v. National Trust Company*, *supra*, Salvas J.A., writing the unanimous reasons of the Court of Appeal, refers to *Curran v. Davis* and to Mignault's article, "A propos de fiducie", and expressed the following views at pp. 697-98:

[TRANSLATION] Under the law (arts. 981*a et seq.* C.C.) and the contract, ownership of the said fund was conveyed to the trustees, but it was not ownership as defined in Art. 406. As long as the trust continued to exist, the trustees had the widest powers to sell, exchange or otherwise dispose by onerous title of the property comprised in the trust fund (art. 981*j* C.C.), but at the termination of the trust, they were required to render an account and hand over to the beneficiaries "all moneys and securities in their hands ..." and "... also execute all transfers, conveyances, or other deeds

Nous en sommes arrivés à la conclusion ou à la solution, si vous voulez, qui est suggérée par M. Mignault [...] que, d'après le système canadien, le fiduciaire devait être considéré comme le propriétaire.

<sup>a</sup> Dans *Guaranty Trust Co. of New York c. Le Roi*, [1948] R.C.S. 183, une affaire d'impôt successoral, le juge Taschereau, plus tard Juge en chef, parlant pour lui et pour le juge en chef Rinfret, aux pp. 204, 205 et 206, cite des passages importants de *Masson c. Masson*, *Curran c. Davis* et de l'article de Mignault, «A propos de fiducie»; sans se prononcer formellement sur la propriété des biens légués en fiducie, il conclut que dans <sup>c</sup> cette affaire-là, les fiduciaires ont la saisine des biens meubles et immeubles. Quoique dissident, il est d'accord avec la majorité pour considérer que les bénéficiaires du revenu ne sont que des créanciers des fiduciaires et non pas de droit de propriété dans les biens de la fiducie. <sup>d</sup>

*Greenshields et autre c. La Reine* est une autre affaire d'impôt successoral. Le juge Taschereau, plus tard Juge en chef, parlant pour la majorité, <sup>e</sup> réfère aux art. 981*a et suivants*, à *Laverdure c. Du Tremblay*, à *Curran c. Davis* et à «un article remarquable» du juge Mignault, intitulé «A propos de fiducie». A la p. 218 il écrit:

<sup>f</sup> ... les appelants sont véritablement des administrateurs fiduciaires des biens légués. Ils exercent sur ces derniers un droit de propriété limité par le texte de la loi et par la jurisprudence que j'ai citée; ils sont comptables aux légataires des revenus qui leur sont attribués.

<sup>g</sup> Enfin, dans *Reford c. National Trust Company*, précité, le juge Salvas qui écrit les motifs unanimes de la Cour d'appel, se réfère à *Curran c. Davis* et à <sup>h</sup> l'article de Mignault, «A propos de fiducie» et il opine comme suit aux pp. 697 et 698:

En vertu de la loi (art. 981*a et s.* C.C.) et du contrat, la propriété dudit fonds est transmise aux fiduciaires, mais ce n'est pas la propriété définie à l'article 406. Pendant <sup>i</sup> l'existence de la fiducie, les fiduciaires ont les pouvoirs les plus étendus de vendre, d'échanger ou de disposer autrement, à titre onéreux, des biens constituant le fonds de la fiducie (art. 981*j* C.C.), mais à l'expiration de la fiducie, ils doivent rendre compte et délivrer aux bénéficiaires «toutes les sommes d'argent et toutes les valeurs entre leurs mains ...» et «... aussi exécuter les transports, cessions ou autres contrats nécessaires pour trans-

necessary to vest the property held for the trust in the parties entitled thereto" (art. 981/ C.C.).

While the trust lasts, the beneficiaries do not have ownership of the property conveyed to the trustees. It may even happen that as a result of the exercise by the trustees of their power to dispose, the property which they must return to the beneficiaries is, to a greater or lesser degree, not the same as they received from the grantor. However, the ownership is not in suspense during this time; it is necessarily limited by the effect of the trust and it is vested in the trustees. The latter undoubtedly only have a limited right of ownership, although they have the power to confer a complete ownership title on purchasers of property subject to the trust. This is a departure from the general principles of our civil law, but is a departure intended by the legislator.

These cases show the preference of the courts for Mignault's theory as to the ownership of the trust property, and I know of no decision which supports any other theory, apart from *No. 199 v. Minister of National Revenue*, a decision of the Tax Appeal Board in which Faribault's theory is mentioned.

It must be said that it is difficult to escape the logic of Mignault's reasoning, if we assume that ownership cannot remain in suspense. This reasoning may be summarized as follows. The grantor is no longer the owner of property conveyed in trust: if it is a testamentary trust, he is dead, and if it is a trust created by way of gift *inter vivos*, it is essential to its validity that the grantor has actually and irrevocably divested himself of the property conveyed in trust. Property cannot be both given and retained. Ownership is not vested in the beneficiary of the income, who is only a creditor of the trustee. It also is not vested during the trust in the beneficiary of the capital: in a great many cases he ranks second or third and has not even been born or conceived. When the property held in trust is finally conveyed to him, as art. 981/ expressly provides, the trust has terminated. That leaves only the trustee in whom ownership of the trust property can be vested. Clearly the right of ownership is not the traditional one, since, for example, it is temporary and includes no *fructus*. It is a *sui generis* property right, which the legislator implicitly but necessarily intended to create

férer la propriété tenue en fiducie aux parties y ayant droit» (art. 981/ C.C.).

Pendant la fiducie, les bénéficiaires n'ont pas la propriété des biens transportés aux fiduciaires. Il peut même arriver que par l'effet de l'exercice, par les fiduciaires, de leur pouvoir de disposer, les biens qu'ils doivent rendre aux bénéficiaires ne soient pas, en tout ou en partie, ceux qu'ils ont reçus du disposant. Toutefois, pendant ce temps, la propriété n'est pas en suspens; elle est nécessairement restreinte par l'effet de la fiducie et elle repose sur la tête des fiduciaires. Ces derniers n'ont, sans doute, qu'un droit limité de propriété bien qu'ils aient le pouvoir de conférer aux acquéreurs des biens sujets à la fiducie un titre complet de propriété. C'est là une dérogation aux principes généraux de notre droit civil, mais c'est une dérogation voulue par le législateur.

Ces arrêts montrent la préférence de la jurisprudence pour la théorie de Mignault quant à la propriété des biens de la fiducie et je ne connais aucune décision qui appuie une autre théorie sauf *No. 199 v. Minister of National Revenue*, une décision de la Commission d'appel de l'impôt où l'on réfère à la théorie de Faribault.

Il faut dire qu'il n'est pas facile d'échapper à la rigueur du raisonnement de Mignault si l'on doit tenir que la propriété ne peut rester en suspens. On peut résumer ainsi ce raisonnement. Le constituant n'est plus le propriétaire des biens transportés en fiducie: s'il s'agit de fiducie testamentaire, il est mort, et, s'il s'agit d'une fiducie constituée par donation entre vifs, il est essentiel à sa validité que le constituant se soit actuellement et irrévocablement dépouillé des biens transportés en fiducie. Donner et retenir ne vaut. La propriété ne repose pas sur le bénéficiaire du revenu qui n'a vis-à-vis du fiduciaire qu'un droit de créance. Elle ne repose pas non plus, durant la fiducie, sur le bénéficiaire du capital: dans un grand nombre de cas il vient au deuxième ou troisième rang et n'est pas encore né ni conçu. Lorsqu'enfin la propriété tenue en fiducie lui est transférée, comme le prévoit expressément l'art. 981/ c'est que la fiducie s'est terminée. Il ne reste donc que le fiduciaire sur la tête de qui puisse porter la propriété des biens de la fiducie. Sans doute ne s'agit-il pas du droit de propriété traditionnel puisque, par exemple, il est temporaire et ne comporte pas de *fructus*. C'est un droit de

when he introduced the trust into the civil law.

In my view, Mignault's theory is the correct one. Although it contains the innovation of a *sui generis* property right, it is still the one with which practising lawyers are most familiar and feel most secure, in view of its support in the decided cases.

As with *Curran v. Davis*, acceptance of this theory has a negative determining effect for the purposes of the case at bar: it too has the effect of removing one of the possible obstacles to the validity of the trust which is at issue here. It is no longer necessary that there be beneficiaries in whom the ownership of property conveyed in trust be vested.

It thus remains to consider the question in positive terms.

#### 5. Interpretation of the legislation

Article 981a provides that a trust may be created by gift or by will "for the benefit of any persons in whose favor" the grantor "can validly make gifts or legacies".

If, as art. 981a invites us to do, we refer to the provisions relating to gifts *inter vivos* and by will, we find that some of these make gifts impossible in specific cases, depending on the beneficiary. However, it can be seen that they are of two kinds.

Some of these provisions constitute actual prohibitions prompted by considerations of public order and good morals. Thus, as art. 766 provides, a corporation cannot receive a gift beyond the limit of the property which it may possess. The prohibition on making gifts to a former tutor or curator, imposed by art. 767, is probably of the same type, although it is expressed as a disability. Similarly, the prohibition on giving anything more than maintenance to a concubine and to adulterine or incestuous children, contained in art. 768, now repealed, was undoubtedly prompted by the prevailing ideas on public order and good morals.

propriété *sui generis*, dont le législateur a implicitement mais nécessairement voulu la création lorsqu'il a introduit la fiducie en droit civil.

<sup>a</sup> A mon avis, la théorie de Mignault est la bonne. Quoiqu'elle comporte l'innovation d'un droit de propriété *sui generis*, c'est encore celle avec laquelle les praticiens sont le plus familiers et se sentent le plus en sécurité, compte tenu de l'appui <sup>b</sup> que lui a donné la jurisprudence.

Tout comme l'arrêt *Curran c. Davis*, l'acceptation de cette théorie est déterminante de façon négative aux fins de la présente cause: elle <sup>c</sup> supprime elle aussi l'un des obstacles possibles à la validité de la fiducie qui fait l'objet du litige. Il n'est plus nécessaire qu'il existe des bénéficiaires sur la tête de qui repose la propriété des biens transportés en fiducie.

<sup>d</sup> Reste donc à trancher la question de façon positive.

#### 5. L'interprétation des textes législatifs

<sup>e</sup> L'article 981a prescrit que la fiducie peut être constituée par donation ou par testament «pour le bénéfice des personnes en faveur de qui» le constituant «peut faire valablement des donations et des legs».

<sup>f</sup> Si, comme nous y invite l'art. 981a on se reporte aux dispositions relatives aux donations entre vifs et testamentaires, on en trouve quelques unes qui rendent les donations impossibles dans des cas <sup>g</sup> déterminés, selon la qualité du bénéficiaire. Mais l'on se rend compte qu'elles sont de deux sortes.

Certaines de ces dispositions constituent de véritables prohibitions inspirées par des considérations <sup>h</sup> qui portent sur l'ordre public ou les bonnes mœurs. Ainsi, comme le prévoit l'art. 766, il est interdit de donner à une corporation au delà de la limite des biens qu'elle peut posséder. L'interdiction de donner à son ancien tuteur ou curateur, imposée <sup>i</sup> par l'art. 767, est probablement de la même nature, quoiqu'elle soit exprimée comme une incapacité. De même, la prohibition de donner au concubin et aux enfants adultérins ou incestueux <sup>j</sup> autre chose que des aliments, prévue à l'art. 768, aujourd'hui abrogé, était sûrement dictée par l'idée que l'on se faisait de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Certain prohibitions of the same type can also be found in other parts of the *Civil Code*. Thus, before the abolition of civil death by 1906 (Que.), c. 38, art. 36 of the *Civil Code* provided that a person who had died civilly

can neither dispose of nor acquire property, whether *inter vivos* or by will, and whether by gratuitous or onerous title; he can neither contract nor possess property, but he may receive maintenance.

Similarly, art. 1265 prohibited husband and wife from conferring benefits on each other *inter vivos*, and this prohibition, which was intended to ensure that the then immutable nature of matrimonial regimes was preserved, was regarded as being of public order and resulted in the absolute nullity of any agreement contravening it.

Other provisions of a different type make certain gifts impossible. Thus, under arts. 608, 755, 765 and 772 of the *Civil Code*, property cannot be given directly *inter vivos* to someone who has not yet been conceived, except by contract of marriage. However, this impediment is inherent in a gift made directly *inter vivos*. It is a contract which must be accepted by the donee and it is essential for its validity that the donor should actually and irrevocably divest himself of the thing given. A person cannot contract with someone who does not yet exist, or give to him property the ownership of which would then be vested in no one.

By providing in art. 981a that the grantor of a trust can convey property to trustees, by gift or by will, for the benefit of any persons in whose favour he can validly make gifts or legacies, the legislator undoubtedly intended to prohibit the grantor from avoiding the prohibitions of public order by interposing a trust. In such a case, the technique gives way to public order. The courts have therefore correctly invalidated a deed of donation and trust made between husband and wife contrary to the former art. 1265: *Taylor v. Royal Trust Company* (1936), 74 C.S. 180; *Reford v. National Trust Company, supra*, at pp. 701 *et seq.*

On trouvait au surplus quelques prohibitions de même nature dans d'autres parties du *Code civil*. Ainsi, avant l'abolition de la mort civile par 1906 (Qué.), chap 38, l'art. 36 du *Code civil* prescrivait que la personne morte civilement

ne peut disposer de ses biens, ni acquérir, soit par acte entrevifs ou à cause de mort, soit à titre gratuit ou onéreux; elle ne peut ni contracter ni posséder; elle peut cependant recevoir des aliments.

De même, l'art. 1265 interdisait-il aux époux de s'avantager entre vifs et cette interdiction, destinée à faire respecter le caractère alors immuable des régimes matrimoniaux, était considérée comme étant d'ordre public et entraînait la nullité absolue de la convention qui y contrevenait.

D'autres dispositions, d'une espèce différente, rendent certaines donations impossibles. Ainsi suivant les art. 608, 755, 765 et 772 du *Code civil*, on ne peut donner directement des biens entre vifs à celui qui n'est pas encore conçu, sauf par contrat de mariage. Mais il s'agit là d'un empêchement inhérent à la donation faite directement entre vifs. C'est un contrat qui doit être accepté par le donataire et il est essentiel à sa validité que le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée. Or on ne peut contracter avec celui qui n'existe pas encore ni se départir en sa faveur d'un bien dont la propriété ne reposerait alors sur la tête de personne.

En prescrivant à l'art. 981a que le constituant d'une fiducie peut transporter des biens à des fiduciaires, par donation ou testament, pour le bénéfice des personnes en faveur de qui il peut faire valablement des donations et des legs, le législateur a sûrement voulu empêcher le constituant de contourner les prohibitions d'ordre public par l'interposition d'une fiducie. Dans ce cas en effet, la technique disparaît devant l'ordre public. C'est donc à bon droit que l'on a invalidé des donations fiduciaires faites entre époux en contravention de l'ancien art. 1265: *Taylor c. Royal Trust Company* (1936), 74 C.S. 180; *Reford c. National Trust Company*, précité, aux pp. 701 et suivantes.

Did the legislator also intend to transfer to the trust the inherent constraints barring gifts *inter vivos* from being made directly in cases such as that before this Court? I do not think so. On the contrary, it seems to me that the purpose of introducing gifts and legacies by way of trust into the law of Quebec was precisely to remove these constraints, by taking away their justification.

Public order and the law do not prohibit the conferring of benefits on an unborn child. It can be done by will. It can be done by contract of marriage, under art. 772 of the *Civil Code*. It can be done by substitution, under art. 929.

One of the primary purposes of the introduction of trusts into Quebec law was to enable individuals to do by gift *inter vivos* what it was already possible to do in part by will, including in my opinion the creation of a benefit intended for a non-existent person as in *Abbot v. Fraser*.

Another purpose of the trust was to provide the parties with a means to replace substitution, one which was more flexible.

In these circumstances, it seems to me that arts. 981a *et seq.* must be given a wide and liberal interpretation, favouring an extension of the contractual and testamentary freedom of the parties and in keeping with the purpose of the legislation. When article 981a refers to the provisions relating to gifts and legacies, it does so subject to the special characteristics of the trust, and not as if the trust did not exist and this was an ordinary gift or an ordinary legacy. Professor Louis Baudouin, *supra*, quite properly observes regarding the trust (at p. 1246):

[TRANSLATION] The gift or the will are technical procedures which make possible this operation, the purpose of which is not to make an ordinary gift or an ordinary will.

It was objected that there cannot be a trust without a beneficiary that actually exists: Faribault, *supra*, No. 171, at p. 188; Cantin Cumyn, *supra*, No. 32, at p. 22. It seems to me, and I say so with respect, that this is to confuse a cause of

Le législateur a-t-il également voulu transposer dans la fiducie les contraintes inhérentes qui empêchaient les donations entre vifs de se faire directement dans des cas comme celui qui nous occupe?

<sup>a</sup> Je ne le pense pas. Il me semble au contraire que c'est précisément dans le but de supprimer ces contraintes, en faisant disparaître leur raison d'être, que l'on a introduit la donation et le legs fiduciaires dans le droit du Québec.

<sup>b</sup> L'ordre public et les lois n'interdisent pas que l'on confère des avantages à des enfants à naître. On peut le faire par testament. On peut le faire par contrat de mariage, comme le prévoit l'art. 772 du *Code civil*. On peut le faire par substitution, comme le prévoit l'art. 929.

<sup>c</sup> Or l'un des buts principaux de l'introduction de la fiducie en droit québécois était justement de permettre que l'on accomplisse par donation entre vifs ce qu'il était déjà possible de réaliser en partie par testament, y compris, à mon avis, la constitution d'un avantage destiné à une personne inexistante comme dans *Abbot v. Fraser*.

<sup>d</sup> Un autre but de la fiducie était de fournir aux parties une solution de remplacement à la substitution, plus souple que celle-ci.

<sup>e</sup> Dans ces conditions, il me paraît que l'on doit interpréter les art. 981a et suivants d'une façon large et libérale, favorable à une extension de la liberté contractuelle et testamentaire des parties et au but de la législation. Lorsque l'article 981a renvoie aux dispositions relatives aux donations et aux legs, c'est sous réserve des particularités de la fiducie, et non pas comme si la fiducie n'existait pas et comme s'il s'agissait d'une simple donation ou d'un simple legs. C'est avec raison que le professeur Louis Baudouin, précité, écrit au sujet de la fiducie (à la p. 1246):

<sup>f</sup> La donation ou le testament sont des procédés techniques qui permettent la réalisation de cette opération dont la finalité n'est ni celle d'une simple donation, ni celle d'un simple testament.

<sup>g</sup> On a objecté qu'il ne saurait y avoir de fiducie sans bénéficiaire avec existence actuelle: Faribault, précité, n° 171, à la p. 188; Cantin Cumyn, précité, n° 32, à la p. 22. Il me paraît, et je le dis avec égards, que c'est là confondre entre une cause



invalidity of the trust and a possible cause of its lapse. It is essential for a trust to have actual or eventual beneficiaries. If it becomes certain that all the beneficiaries whom the grantor seeks to benefit will never exist, the trust then lapses, with retroactive effect.

This retroactivity also provides an answer to another objection raised by counsel for the respondent: if the property conveyed in trust is taken out of the grantor's estate and vested in the trustee, and if in addition it becomes clear that none of the beneficiaries intended by the grantor will exist, then they maintain that in a great many cases the trustee will remain perpetually seized of the trust property.

This cannot be the case here, since the donor provided that her intestate heirs should rank as tertiary beneficiaries. However, she only stipulated what the law provides. Mignault foresaw the difficulty, and in "La fiducie dans la province de Québec", *Travaux de la semaine internationale de droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1937, he wrote at pp. 36-37:

[TRANSLATION] . . . the lapse resulting from the person of the beneficiary does not operate to the advantage of the trustee: the property returns to the grantor or his heirs.

If there are no heirs, the provisions relating to vacant successions would be applied, so that in no case would the property remain with the trustee.

I conclude that the deed of donation and trust made for the benefit of unborn children of the donor is valid.

IV—The deed of donation and trust made for the benefit of the donor's sisters, the secondary beneficiaries

In my opinion this Court should rule on the validity of this gift. The parties have argued the point from the outset, and have an interest in seeing it resolved, because it is not inconceivable that it may arise, though this is unlikely. It was not resolved by the trial judge, and the judges of the Court of Appeal differed in their opinions.

The first argument advanced by counsel for the respondent, and accepted by the Court of Appeal,

d'invalidité de la fiducie et une cause possible de sa caducité. Il est essentiel à une fiducie qu'il existe des bénéficiaires actuels ou éventuels. S'il devient certain que tous les bénéficiaires que le constituant voulait avantager n'existeront jamais, la fiducie est frappée de caducité et elle l'est avec rétroactivité.

Cette rétroactivité permet aussi de répondre à une autre objection soulevée par les procureurs de l'intimée: si les biens transportés en fiducie sont sortis du patrimoine du constituant et reposent sur la tête du fiduciaire, et si d'autre part il devient certain qu'il n'existera aucun des bénéficiaires que le constituant avait en vue, alors, soutiennent-ils, dans un grand nombre de cas, le fiduciaire restera perpétuellement saisi des biens de la fiducie.

Ce ne serait pas notre cas puisque la donatrice a prévu un troisième rang de bénéficiaires, ses héritiers *ab intestat*. Mais elle n'a stipulé que ce qui est de droit. Mignault avait prévu la difficulté dans «La fiducie dans la province de Québec», *Travaux de la semaine internationale de droit*, t. 5, Paris, Sirey, 1937, il écrit aux pp. 36 et 37:

. . . la caducité provenant de la personne du bénéficiaire ne s'opère pas au profit du fiduciaire, mais les biens font retour au disposant ou à ses héritiers.

A défaut d'héritiers, les dispositions relatives aux successions vacantes recevraient application de sorte qu'en aucun cas les biens ne resteraient au fiduciaire.

Je conclus à la validité de la donation fiduciaire faite pour le bénéfice des enfants à naître de la donatrice.

IV—La donation fiduciaire faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice, bénéficiaires de deuxième rang

Nous devons à mon avis nous prononcer sur la validité de cette donation. Les parties plaident la question depuis le début et ont intérêt à la voir trancher car il n'est pas inconcevable qu'elle se pose même si c'est improbable. Or le premier juge n'y répond pas et les juges de la Cour d'appel diffèrent d'opinion sur le sujet.

Le premier moyen invoqué par les procureurs de l'intimée et retenu par la Cour d'appel, c'est que

was that this deed of donation and trust is void because it depends on the "primary" gift, made for the benefit of unborn children.

This argument falls to the ground when it is decided, as in the case at bar, that the "primary" gift is valid.

I would however add that in my opinion these are two distinct and independent gifts. The validity or invalidity of the one does not necessarily entail the validity or invalidity of the other. I say this with respect for the opposite view, but I feel that the deed of donation and trust made for the benefit of the donor's sisters is not incidental to the primary gift. It is an alternative disposition, and on this point I concur in the view of Owen J.A., dissenting in the Court of Appeal.

To demonstrate that the two gifts are inter-related, counsel for the respondent argued that, if the first gift was void, the respondent's sisters could not be preferred over her descendants without directly contravening her wishes. This I do not deny. But there remains one case in which her wishes could be given effect: this is where the donor's sisters survive her descendants. I know of no principle by which secondary beneficiaries should be deprived of this benefit which the donor irrevocably sought to confer on them on the conditions which she stipulated, if these conditions are met. In the case of these beneficiaries, they did exist at the time of the deed of donation and trust.

The other argument raised by counsel for the respondent against the validity of the gift made to benefit the donor's sisters is that it is prohibited by art. 758 of the *Civil Code*:

Every gift made so as to take effect only after death, which is not valid as a will, or as permitted in a contract of marriage, is void.

They apply this provision to the case at bar as follows:

[TRANSLATION] According to the wording of the article itself, a gift in contemplation of death is a gift which only takes effect on the death of the grantor. In the case at bar, the gift is conditional on the donor dying without issue; the donor's sisters will not be able to determine

cette donation fiduciaire est nulle parce qu'elle dépend de la donation dite principale, faite pour le bénéfice des enfants à naître.

Cet argument tombe lorsque l'on décide, comme c'est le cas, que la donation dite principale est valide.

J'ajouterai néanmoins qu'il s'agit à mon avis de deux donations distinctes et autonomes. La validité ou l'invalidité de l'une n'entraînerait pas nécessairement la validité ou l'invalidité de l'autre. Je le dis avec égards pour l'opinion contraire, la donation fiduciaire faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice n'est pas l'accessoire de la précédente. C'est une disposition alternative et je partage sur ce point l'opinion du juge Owen, dissident en Cour d'appel.

Pour démontrer que les deux donations sont liées l'une à l'autre, les procureurs de l'intimée soutiennent que, si la première donation était nulle, on ne pourrait, sans aller directement à l'encontre de la volonté de l'intimée, préférer ses sœurs à ses descendants. Je n'en disconviens pas. Mais il resterait un cas où l'on pourrait exécuter sa volonté: c'est celui où les sœurs de la donatrice survivraient à ses descendants. Je ne vois pas en vertu de quel principe l'on priverait les bénéficiaires de deuxième rang de cet avantage éventuel que la donatrice a irrévocablement voulu leur conférer aux conditions qu'elle a prévues, si ces conditions se réalisent. Ces bénéficiaires, elles, existaient au moment de la donation fiduciaire.

L'autre moyen soulevé par les procureurs de l'intimée à l'encontre de la validité de la donation faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice, c'est qu'elle est prohibée par l'art. 758 du *Code civil*:

Toute donation faite pour n'avoir effet qu'à cause de mort qui n'est pas valide comme testament ou comme permise en un contrat de mariage, est nulle.

Voici comment, dans leur mémoire, ils appliquent cette disposition à l'espèce:

Selon les termes mêmes de cet article, une donation à cause de mort est une donation qui ne doit avoir d'effet qu'à la mort du disposant. Dans la présente instance, la donation est conditionnelle à ce que la donatrice décède sans descendant; ce n'est qu'au décès de la donatrice que

until she dies whether they are entitled to the property included in the trust. The existence of the gift in their favour is thus uncertain and will only be determined when the donor dies. This position is supported by the decision of this Court, *Curran v. Davis*, cited above. The validity of a gift creating an annuity payable on the donor's death had been challenged. The Court stated (p. 291):

"The existence of this debt was certain; only the time of payment was made subject to a certain future event."

This argument is groundless.

To begin with, it is not strictly true to say that the existence of the debt at issue in *Curran v. Davis* was certain. It was dependent on a condition, namely that the beneficiary, the grantor's adoptive son, and his widow and children, if any, survived the grantor. This is a condition based upon the possible lapse of the trust. However, it is true to say that the adoptive son of the grantor irrevocably received, on the date the trust was executed, a suspended right which the grantor could no longer take back, because he had in fact made it over to him through the trustees.

Essentially, the reason why it was held in *Curran v. Davis* that there was no gift *mortis causa* is that, as in the case at bar, there was an actual and irrevocable disseizin of the grantor, although some of its effects were postponed until the grantor died. See also *Taylor v. Royal Trust Company* and *Reford v. National Trust Company*.

It is true, however, that the deed of donation and trust for the benefit of the donor's father and sisters contains a provision that is not found in *Curran v. Davis*. In order to benefit from the trust, the donor's father and sisters must not only survive her, as was the case with the adoptive son in *Curran v. Davis*, it is also necessary that, on the donor's death, she should leave no issue, or if she leaves any, that they should die without issue before reaching age twenty-five.

This provision is in the nature of a suspensive condition.

ses sœurs pourront déterminer si elles ont droit aux biens faisant partie de la fiducie. L'existence de la donation en leur faveur est donc incertaine et ne sera déterminée qu'au moment du décès de la donatrice. L'arrêt de cette Cour, *Curran c. Davis*, précité, appuie cette position. La validité d'une donation instituant une rente payable au décès du donateur avait été attaquée. La Cour avait affirmé (page 291):

«L'existence de cette dette était certaine; seule l'époque du paiement était subordonnée à un événement futur certain.»

Ce moyen est mal fondé.

D'abord, il n'est pas rigoureusement exact que l'existence de la dette en litige dans *Curran c. Davis* était certaine. Elle dépendait d'une condition savoir, que le bénéficiaire, fils adoptif du constituant, ainsi que sa veuve et ses enfants, s'il en était, survivent au constituant. Il s'agit là d'une condition de non-caducité. Mais il est exact de dire que le fils adoptif du constituant avait, dès la date de l'exécution de la fiducie, irrévocablement reçu un droit suspendu que le constituant ne pouvait plus lui enlever parce qu'il s'en était actuellement dépouillé en sa faveur par le truchement des fiduciaires.

La raison essentielle pour laquelle on décide qu'il n'y a pas eu donation *mortis causa* dans *Curran c. Davis*, c'est en effet qu'il y avait eu, comme en l'espèce, dessaisissement actuel et irrévocable du constituant, même si certains de ses effets étaient reportés à la mort du constituant. Voir également *Taylor c. Royal Trust Company* et *Reford c. National Trust Company*.

Il est vrai cependant que la donation fiduciaire faite pour l'avantage du père et des sœurs de la donatrice comporte une modalité que l'on ne trouve pas dans *Curran c. Davis*. Pour profiter de la fiducie, le père et les sœurs de la donatrice ne doivent pas seulement survivre à celle-ci comme c'était le cas du fils adoptif dans *Curran c. Davis*. Il faut au surplus qu'au décès de la donatrice, celle-ci ne laisse pas de descendants ou bien, si elle en laisse, que ceux-ci soient morts sans descendants avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans.

Cette modalité est de la nature d'une condition suspensive.

Suspensive or resolute conditions can validly be attached to gifts *inter vivos*. Articles 760 and 782 of the *Civil Code* expressly provide this:

**760.** Gift *inter vivos* or by will may be conditional.

An impossible condition, or one contrary to good morals, to law, or to public order, upon which a gift *inter vivos* depends, is void, and renders void the disposition itself, as in other contracts.

In a will such a condition is considered as not written, and does not annul the disposition.

**782.** It may be stipulated that a gift *inter vivos* shall be suspended, revoked, or reduced, under conditions which do not depend solely upon the will of the donor.

If the donor reserve to himself the right to dispose of or to take back at pleasure some object included in the gift, or a sum of money out of the property given, the gift holds good for the remainder, but is void as to the part reserved, which continues to belong to the donor, except in gifts by contract of marriage.

However, for gifts *inter vivos* not to be invalidated as made in contemplation of death, the death of the donor must not be the essential condition.

After citing art. 758 of the *Civil Code*, Rinfret J., as he then was, said the following in *Pesant v. Pesant*, [1934] S.C.R. 249, at p. 261:

[TRANSLATION] In short, this article contains a definition: the gift which is declared to be void is one which is "made so as to take effect only after death". If this definition is analysed in terms of the historical concept of the *donatio mortis causa*, it has to be recognized that the gift which is prohibited by the article is precisely any gift which is made subject to the donor's death, and is not effective until that death, and under which the donee acquires no rights before the death.

In his *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montreal, 1968, Roger Comtois wrote at p. 132:

[TRANSLATION] Merely mentioning death in a gift is not sufficient for it to be regarded as a gift in contemplation of death, if it does not clearly appear that the death affects the substance of the disposition. If death is mentioned only for purposes of demonstration (*demon-*

Or les donations entre vifs peuvent valablement être assorties de conditions suspensives ou résolutoires. Les articles 760 et 782 du *Code civil* le prévoient expressément:

**a** **760.** Les donations entre vifs ou testamentaires peuvent être conditionnelles.

La condition impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, aux lois, ou à l'ordre public, dont dépend une donation entre vifs, est nulle et rend nulle la disposition elle-même comme dans les autres contrats.

Dans un testament une telle condition est considérée comme non écrite et n'annule pas la disposition.

**c** **782.** La donation entre vifs peut être stipulée suspendue, révocable ou réductible, sous des conditions qui ne dépendent pas uniquement de la volonté du donateur.

Si le donateur s'est réservé la liberté de disposer ou de se ressaisir à sa volonté de quelque effet compris dans la donation ou d'une somme d'argent sur les biens donnés, la donation vaut pour le surplus, mais elle est nulle quant à la partie retenue, qui continue d'appartenir au donateur, excepté dans les donations par contrat de mariage.

**f** Cependant, pour que la donation entre vifs ne soit pas invalidée comme faite à cause de mort, il importe que la mort du donateur n'en soit pas la condition essentielle.

Après avoir cité l'art. 758 du *Code civil*, le juge Rinfret, plus tard Juge en chef, en dit ceci dans *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249, à la p. 261:

**g** En somme, cet article contient une définition. La donation qui est déclarée nulle est celle «qui est faite pour n'avoir effet qu'à cause de mort». Et si l'on analyse cette définition en regard de la notion historique de la *donatio mortis causa*, l'on doit reconnaître que la donation qui est prohibée par l'article est précisément celle dont l'effet est subordonné à la mort du donateur, qui jusqu'à cette mort n'a aucun effet, et en vertu de laquelle le donataire n'acquiert pas de droit avant cette mort.

**i** Dans son *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, 1968, Roger Comtois écrit à la p. 132:

Il ne suffit pas qu'il soit fait mention de la mort dans une donation pour la faire considérer comme une donation à cause de mort, s'il ne paraît clairement que la mort tombe sur la substance de la disposition. S'il n'est parlé de la mort que pour fins de démonstration

*strationis causa*) and to indicate the time at which the gift should be implemented, this does not prevent it from taking effect as a gift *inter vivos*.

If, on the other hand, the death is given as a condition of the gift, this then is a gift in contemplation of death and not a gift *inter vivos*.

In the case at bar, the condition accompanying the deed of donation and trust is not the donor's death, but the absence of any issue of the donor at the time fixed by her for the trust to terminate. In addition, as in *Curran v. Davis*, the donor has actually and irrevocably divested herself of the trust property, which she has conveyed to the trustees during her lifetime, thereby conferring on her father and sisters a suspensive right which she can no longer take back.

I am of the opinion that the deed of donation and trust made to benefit the donor's sisters, the secondary beneficiaries, is valid.

#### V—Conclusions

The appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal reversed and the judgment of the Superior Court restored.

The Superior Court ordered that costs, including those of the respondent, the interveners and the appointment of a tutor for respondent's children, be paid out of the trust property.

The Court of Appeal allowed the appeal, but without costs.

In my opinion, it would be better to adopt the ruling of the trial judge as to costs in all courts.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: McMaster, Meighnen, Montreal.*

*Solicitors for the respondent: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier, Cobbett, Montreal.*

(*demonstrationis causa*) et pour désigner le temps auquel la donation doit avoir son exécution, cela ne l'empêche pas de valoir comme donation entre vifs.

Si, par contre, la mort est indiquée comme condition de la donation, nous serons en présence d'une donation à cause de mort et non d'une donation entre vifs.

En l'espèce, la condition dont la donation fiduciaire est assortie n'est pas la mort de la donatrice, mais l'absence de descendants de celle-ci au moment fixé par elle pour l'ouverture de la fiducie. Au surplus, comme dans *Curran c. Davis*, la donatrice s'est actuellement et irrévocablement dépouillée des biens de la fiducie qu'elle a de son vivant transportés au fiduciaire, conférant par là à son père et à ses sœurs un droit suspendu qu'elle ne peut plus leur enlever.

Je suis d'avis que la donation fiduciaire faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice, bénéficiaires de deuxième rang, est valide.

#### V—Conclusions

Il faut accueillir le pourvoi, infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et rétablir le jugement de la Cour supérieure.

La Cour supérieure a ordonné que les frais, y compris ceux de l'intimée, des intervenants et de ceux encourus pour la nomination d'un tuteur aux enfants de l'intimée, soient acquittés à même les biens de la fiducie.

La Cour d'appel a accueilli le pourvoi mais sans frais.

A mon avis, il vaut mieux décider comme le premier juge quant aux frais dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: McMaster, Meighnen, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier, Cobbett, Montréal.*

**Heather Janke in her own behalf and as Administratrix of the Estate of Gunther Janke, deceased** (*Plaintiff, Respondent*)  
*Appellant;*

and

**Sylvia Holzer as Administratrix of the Estate of Lorne Alton Chambers, deceased** (*Defendant, Appellant*) *Respondent.*

File no.: 16567.

1982: February 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Damages — Fatal accident — Action by widow — Quantum — Multiplier principle of assessment — Probability of remarriage — Contingency deduction.*

APPEAL from a decision of the Alberta Court of Appeal allowing an appeal from a judgment of Hetherington J. and reducing the award in an action for damages under *The Fatal Accidents Act*, R.S.A. 1970, c. 138. Appeal allowed.

*T. F. McMahon, Q.C.*, and *M. F. Casey*, for the appellant.

*Ronald L. Fenerty*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all of the opinion that the reasons given in the judgment of the Court of Appeal for the reduction of the amount of damages awarded to the appellant by the trial judge cannot be supported. The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment at trial is restored. The appellant is entitled to her costs throughout.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Atkinson, McMahon, Calgary.*

*Solicitors for the respondent: Lutz, Westerberg, O'Leary, Calgary.*

**Heather Janke pour elle-même et en sa qualité d'administratrice de la succession de feu Gunther Janke** (*Demanderesse, Intimée*)  
*Appelante;*

<sup>a</sup> et

**Sylvia Holzer en sa qualité d'administratrice de la succession de feu Lorne Alton Chambers** (*Défenderesse, Appelante*) *Intimée.*

<sup>b</sup> N° du greffe: 16567.

1982: 4 février.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Domages-intérêts — Accident mortel — Action intentée par la veuve — Quantum — Principe de l'évaluation par l'emploi d'un multiplicateur — Probabilité de remarriage — Déduction au titre des éventualités.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, qui a accueilli un appel d'un jugement de madame le juge Hetherington et réduit <sup>e</sup> l'indemnité accordée par suite d'une action en dommages-intérêts intentée en vertu de *The Fatal Accidents Act*, R.S.A. 1970, chap. 138. Pourvoi accueilli.

<sup>f</sup> *T. F. McMahon, c.r.*, et *M. F. Casey*, pour l'appelante.

*Ronald L. Fenerty*, pour l'intimée.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'avis que les motifs que la Cour d'appel donne dans son arrêt pour justifier la réduction du montant des dommages-intérêts accordés à l'appelante par le juge de première instance sont insoutenables. L'appel est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel infirmé et le jugement de première instance rétabli. L'appelante a droit à ses dépens dans <sup>i</sup> toutes les cours.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante: Atkinson, McMahon, Calgary.*

<sup>j</sup> *Procureurs de l'intimée: Lutz, Westerberg, O'Leary, Calgary.*

**Robert Kipling Beard** (*Defendant, Respondent*) *Appellant*;

and

**Eileen Divina Beard** (*Plaintiff, Appellant*) *Respondent*.

File No.: 16375.

1982: February 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Matrimonial law — Division of assets — Joint farming operation — Inherited farm land owned separately by wife — Husband not entitled to one half inflationary increment of land's value.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1980), 41 N.R. 106, varying a judgment of McClung J. Appeal dismissed.

*Peter C. P. Thompson, Q.C., and Hugh Landerkin, Q.C., for the appellant.*

*B. A. Crane, Q.C., and J. R. B. Stephen, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Crane and Mr. Stephen. We are all of the opinion that there was no ground shown to set aside the judgment of the Alberta Court of Appeal. This appeal is accordingly dismissed with costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Landerkin, Dunphy, Calvert, Minchen, Calgary.*

*Solicitors for the respondent: Stephen, Ebbert, Olien, Calgary.*

**Robert Kipling Beard** (*Défendeur, Intimé*) *Appelant*;

et

<sup>a</sup> **Eileen Divina Beard** (*Demanderesse, Appelante*) *Intimée*.

N° du greffe: 16375.

1982: 10 février.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

<sup>c</sup> *Droit matrimonial — Partage des biens — Exploitation commune d'une ferme — Terres agricoles reçues par voie de succession dont la femme a la propriété exclusive — Le mari n'a pas droit à un montant équivalant à la moitié de l'augmentation de la valeur des terres par suite de l'inflation.*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1980), 41 N.R. 106, qui a modifié un jugement du juge McClung. Pourvoi rejeté.

<sup>e</sup> *Peter C. P. Thompson, c.r., et Hugh Landerkin, c.r., pour l'appelant.*

<sup>f</sup> *B. A. Crane, c.r., et J. R. B. Stephen, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE EN CHEF—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre, M<sup>e</sup> Crane et M<sup>e</sup> Stephen. Nous sommes tous d'avis qu'on n'a établi aucun motif d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta. Ce pourvoi est donc rejeté avec dépens.

<sup>h</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Landerkin, Dunphy, Calvert, Minchen, Calgary.*

<sup>i</sup> *Procureurs de l'intimée: Stephen, Ebbert, Olien, Calgary.*

**Peter Pitre and Mabel June Pitre** *Appellants*;  
and

**Warren Robinson** *Respondent*.

File No.: 15497.

1982: February 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
PRINCE EDWARD ISLAND

*Courts — Appellate court power respecting findings of fact — Trial judge hearing case retired before making judgment — Judgment made by another judge based on transcript — Ability of Court of Appeal to consider evidence relative to that of judge making decision.*

*Land titles — Adverse possession — Disputed land used occasionally by claimant over number of years — Whether or not respondent's title extinguished.*

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal (1978), 15 Nfld. and P.E.I.R. 63, 38 A.P.R. 63, allowing an appeal from a judgment of Peake J. Appeal dismissed.

*J. E. Smith*, for the appellants.

*Shawn Murphy*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you Mr. Murphy. The circumstances of this case are such as not to justify any interference with the judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal. Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Hoslam, Ross & Mullin, Charlottetown.*

*Solicitors for the respondent: Scales, Shiz, Jewkins & McQuaid, Charlottetown.*

**Peter Pitre et Mabel June Pitre** *Appellants*;  
et

**Warren Robinson** *Intimé*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 15497.

1982: 23 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE  
L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

<sup>c</sup> *Tribunaux — Pouvoir du tribunal d'appel concernant les constatations de fait — Le juge qui a entendu l'affaire en première instance a pris sa retraite avant de rendre jugement — Jugement rendu par un autre juge qui s'est fondé sur la transcription — Aptitude de la Cour d'appel à examiner les témoignages par rapport à celle du juge qui rend le jugement.*

<sup>d</sup> *Titres de propriété — Possession acquisitive — Le demandeur a utilisé occasionnellement le bien-fonds pendant plusieurs années — Le titre de l'intimé est-il éteint?*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard (1978), 15 Nfld. and P.E.I.R. 63, 38 A.P.R. 63, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Peake. Pourvoi rejeté.

<sup>f</sup> *J. E. Smith*, pour les appelants.

*Shawn Murphy*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE EN CHEF—M<sup>e</sup> Murphy, il ne nous est pas nécessaire de vous entendre. Les circonstances de l'espèce ne justifient pas de modifier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard. En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Jugement en conséquence.*

<sup>i</sup> *Procureurs des appelants: Hoslam, Ross & Mullin, Charlottetown.*

*Procureurs de l'intimé: Scales, Shiz, Jewkins & McQuaig, Charlottetown.*



**Thomas William McGuigan** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 15786.

1981: October 26; 1982: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Two convictions for same act — Whether second conviction proper — Whether the Quon case continues to govern — Whether s. 21 applicable to a charge under s. 83 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended ss. 21, 83.*

Appellant and two co-accused pleaded guilty to a charge of attempted robbery while armed with an offensive weapon and not guilty to a charge of use of a firearm while attempting to commit robbery. They were acquitted on the second charge by a Provincial Court Judge on the basis of the *Kienapple* case forbidding multiple convictions for the same matter. On an appeal by the Crown, the Court of Appeal of Ontario reversed the verdict of acquittal.

*Held* (Laskin C.J. and Ritchie J. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.: Section 21 of the *Code* with respect to parties to an offence applies to s. 83; the appellant, who did not actually use the firearm himself, could be found guilty of an offence under s. 83. By enacting s. 83—a section materially different from the earlier s. 122—Parliament departed from the fundamental common law principle, found in *Kienapple*, that no one should be punished twice for the same matter. Section 83 formed part of a comprehensive scheme of gun control legislation. In section 83 Parliament created a distinct offence and provided in unambiguous language that a sentence under it be served consecutively to any other punishment imposed for another offence arising out of the same event. To construe the section as inapplicable where a firearm was used during a robbery would largely defeat Parliament's clear intention to punish more severely those who make use of firearms during the commission of offences.

**Thomas William McGuigan** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 15786.

1981: 26 octobre; 1982: 2 mars.

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

<sup>b</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Double déclaration de culpabilité pour le même acte — La seconde déclaration de culpabilité est-elle valide? — L'arrêt Quon s'applique-t-il encore? — L'article 21 s'applique-t-il à une accusation portée en vertu de l'article 83? — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34 et modifications art. 21, 83.*

<sup>d</sup> L'appelant et deux coaccusés se sont reconnus coupables de tentative de vol qualifié alors qu'ils étaient munis d'une arme offensive. Ils ont nié leur culpabilité relativement à l'accusation d'avoir utilisé une arme à feu lors de la tentative de perpétration d'un vol qualifié. Ils ont été acquittés quant à la seconde accusation par un juge de la Cour provinciale qui s'est fondé sur l'arrêt *Kienapple* qui interdit les déclarations de culpabilité multiples pour la même chose. Lors de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de l'Ontario a annulé le verdict d'acquiescement.

<sup>e</sup> *Arrêt* (Le juge en chef Laskin et le juge Ritchie sont dissidents en partie): Le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> Les juges Martland, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard: L'article 21 du *Code*, qui traite des parties à une infraction, s'applique à une accusation portée en vertu de l'art. 83; l'appelant qui, en fait, n'a pas lui-même utilisé l'arme à feu peut être déclaré coupable de l'infraction visée par l'art. 83. En adoptant l'art. 83, qui est sensiblement différent de l'ancien art. 122, le législateur s'est écarté du principe fondamental de *common law*, énoncé dans l'arrêt *Kienapple*, selon lequel nul ne doit être puni deux fois pour la même chose. L'article 83 faisait partie d'un vaste programme législatif de «contrôle des armes à feu». A l'article 83, le législateur a créé une infraction distincte et prévu clairement que la sentence applicable à cette infraction doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits. Ce serait sérieusement aller à l'encontre de l'intention manifeste du législateur de punir plus sévèrement ceux qui font usage d'une arme à feu pendant la perpétration d'actes criminels que d'interpréter l'article comme inapplicable à l'usage d'une arme à feu pendant la perpétration d'un vol.

*Per Laskin C.J. and Ritchie J., dissenting in part:* Unless Parliament gives a clear indication that multiple prosecutions and multiple convictions are envisaged, the common law principle expressed in *Kienapple* should be followed. The formulation of s. 83 did not justify a departure from the principle and from what this Court decided in *Quon* where the words "any criminal offence" in s. 122 had not been extended to cover criminal offences of which an essential element was "possession of a firearm capable of being concealed upon the person". Section 83 is not that different from former s. 122 in making it an indictable offence "to use a firearm while committing or attempting to commit an indictable offence". The restrictive interpretation given in *Quon* should be applied here and the conviction under s. 83 quashed.

[*R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138; *R. v. Matheson* (1979), 50 C.C.C. (2d) 92; *R. v. Nicholson*, [1980] 5 W.W.R. 115; *R. v. Eby* (1979), 49 C.C.C. (2d) 27; *R. v. Pineault*; *R. v. Bérubé* (1979), 12 C.R. (3d) 129, approved; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508, distinguished; *Zanini v. The Queen*, [1967] S.C.R. 715; *Cox and Paton v. The Queen*, [1963] S.C.R. 500, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Ontario (1979), 50 C.C.C. (2d) 306, quashing a verdict of acquittal. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Ritchie J. dissenting in part.

*Andrew Kerekes*, for the appellant.

*Paul Lindsay*, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Ritchie J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting in part*)—This appeal, which is here as of right, concerns a number of issues raised by the appellant in respect of *Criminal Code*, s. 83 following his conviction thereunder by the Ontario Court of Appeal which set aside his acquittal at trial.

The appellant accused and two co-accused pleaded guilty to a charge of attempted robbery

*Le juge en chef Laskin et le juge Ritchie, dissidents en partie:* A moins que le législateur n'indique clairement qu'il a eu en vue des poursuites multiples et des condamnations multiples, le principe de *common law* énoncé dans l'arrêt *Kienapple* doit être suivi. La formulation de l'art. 83 ne justifie pas une dérogation à ce principe et à ce que cette Cour a décidé dans l'arrêt *Quon* où les mots «un acte criminel» à l'art. 122 ont été interprétés comme ne comprenant pas un acte criminel dont un élément essentiel est la possession «d'une arme à feu qui peut être dissimulée sur la personne». L'article 83 ne diffère pas tellement de l'ancien art. 122 pour ce qui est de prévoir que «l'usage d'une arme à feu, lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel», constitue un acte criminel. L'interprétation restrictive adoptée dans l'arrêt *Quon* s'applique en l'espèce et la déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'art. 83 est annulée.

[Jurisprudence: arrêts approuvés: *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138; *R. v. Matheson* (1979), 50 C.C.C. (2d) 92; *R. v. Nicholson*, [1980] 5 W.W.R. 115; *R. v. Eby* (1979), 49 C.C.C. (2d) 27; *R. v. Pineault*; *R. v. Bérubé* (1979), 12 C.R. (3d) 129; distinction faite avec les arrêts: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Quon*, [1948] R.C.S. 508; arrêts mentionnés: *Zanini c. La Reine*, [1967] R.C.S. 715; *Cox et Paton c. La Reine*, [1963] R.C.S. 500.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 50 C.C.C. (2d) 306, qui a annulé un verdict d'acquittal. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Ritchie sont dissidents en partie.

*Andrew Kerekes*, pour l'appellant.

*Paul Lindsay*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Ritchie rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident en partie*) — Ce pourvoi, formé de plein droit, porte sur un certain nombre de points soulevés par l'appellant à l'égard de l'art. 83 du *Code criminel* par suite de sa déclaration de culpabilité prononcée, en vertu de cet article, par la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé son acquittal en première instance.

L'appellant et deux coaccusés se sont reconnus coupables de tentative de vol qualifié (tentative de

(an attempt to steal money while armed with an offensive weapon, a twelve-gauge shotgun). They were subsequently arraigned on a charge of using a firearm (the same twelve-gauge shotgun) while attempting to commit an indictable offence, the attempted robbery to which they pleaded guilty. To this second charge, brought under *Criminal Code*, s. 83(1)(a) they pleaded not guilty. Evidence was called on that charge but the accused did not testify. He was acquitted by the Provincial Court Judge mainly on the basis of the *Kienapple* case, [1975] 1 S.C.R. 729, forbidding multiple convictions for the same matter or delict. The Ontario Court of Appeal, following its own previous judgment in *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138 (which had not been decided when the Provincial Court Judge acquitted here) held that *Kienapple* was not a bar to a conviction under s. 83(1)(a) following the conviction of attempted robbery and it held, further, that on the evidence a conviction should be entered under that provision.

In this Court, counsel for the appellant took three points which it will be convenient to set out in the following order although argued differently. He contended, first, that the accused could not be convicted under s. 83(1)(a) when, at the worst, he was implicated with his co-accused as driver of their get-away car and he himself did not use any firearm. The contention was that a person could not be convicted under s. 83(1)(a) unless he himself used a firearm while committing or attempting to commit an indictable offence; in short, a conviction was not open under s. 83(1)(a) by invocation of *Criminal Code*, s. 21. Secondly, counsel submitted that even if s. 21 applied to an offence charged under s. 83(1)(a), the Ontario Court of Appeal was wrong to find that the appellant was a party here to the use of a firearm. The third submission was that the *Kienapple* principle was properly applicable in respect of the charge under s. 83(1)(a) because this provision, although brought into force in 1978 as enacted by 1976-77 (Can.), c. 53, s. 3, was substantially the same as its forerun-

ner. Ils ont été, par la suite, inculpés d'avoir utilisé une arme à feu (le même fusil de calibre 12) lors de la tentative de perpétration d'un acte criminel, savoir la tentative de vol qualifié dont ils s'étaient reconnus coupables. A cette seconde accusation, portée en vertu de l'al. 83(1)a) du *Code criminel*, ils ont nié leur culpabilité. Il y a eu présentation de preuves relativement à cette accusation, mais l'accusé n'a pas témoigné. Le juge de la Cour provinciale l'a acquitté en se fondant principalement sur l'arrêt *Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729, qui interdit les déclarations de culpabilité multiples pour la même chose ou le même délit. La Cour d'appel de l'Ontario, se fondant sur son propre arrêt *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138, (qui n'avait pas encore été rendu au moment où le juge de la Cour provinciale a prononcé l'acquittement) a conclu que l'arrêt *Kienapple* n'empêchait pas de prononcer une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 83(1)a) après une déclaration de culpabilité de tentative de vol qualifié et elle a aussi conclu que la preuve justifiait une déclaration de culpabilité en vertu de cette disposition.

En cette Cour, l'avocat de l'appellant a invoqué trois moyens qu'il sera utile d'aborder dans l'ordre qui suit, même si ce n'est pas celui dans lequel ils ont été plaidés. Il a soutenu, d'abord, que l'appellant ne pouvait être déclaré coupable en vertu de l'al. 83(1)a) alors que, tout au plus, sa participation avec ses coaccusés se résumait à avoir conduit la voiture dans laquelle ils ont pris la fuite, sans qu'il ait lui-même utilisé une arme à feu. L'argument était qu'une personne ne peut être déclarée coupable en vertu de l'al. 83(1)a) à moins d'avoir elle-même utilisé une arme à feu lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel; bref, il n'était pas possible d'invoquer l'art. 21 du *Code criminel* pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 83(1)a). En deuxième lieu, l'avocat a soutenu que, même si l'art. 21 s'appliquait à une accusation portée en vertu de l'al. 83(1)a), la Cour d'appel de l'Ontario a eu tort de conclure que l'appellant avait été partie, en l'espèce, à l'usage d'une arme à feu. Suivant le troisième moyen invoqué, le principe de

ner which was in force as s. 122 when *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508 was decided. In that case a charge under s. 122, following a plea of guilty to robbery, was quashed by the Ontario Court of Appeal and this holding was sustained in this Court.

The relevant statutory provisions on the three points taken by counsel for the appellant are as follows:

**83.** (1) Every one who uses a firearm

(a) while committing or attempting to commit an indictable offence, or

(b) during his flight after committing or attempting to commit an indictable offence,

whether or not he causes or means to cause bodily harm to any person as a result thereof, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment

(c) in the case of a first offence under this subsection, except as provided in paragraph (d), for not more than fourteen years and not less than one year; and

(d) in the case of a second or subsequent offence under this subsection, or in the case of a first such offence committed by a person who, prior to the coming into force of this subsection, was convicted of an indictable offence or an attempt to commit an indictable offence, in the course of which or during his flight after the commission or attempted commission of which he used a firearm, for not more than fourteen years and not less than three years.

(2) A sentence imposed on a person for an offence under subsection (1) shall be served consecutively to any other punishment imposed on him for an offence arising out of the same event or series of events and to any other sentence to which he is subject at the time the sentence is imposed on him for an offence under subsection (1).

**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.

l'arrêt *Kienapple* peut s'appliquer à juste titre à une accusation portée en vertu de l'al. 83(1)a) parce que même si cette disposition, adoptée à 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 3, est entrée en vigueur en 1978, elle est essentiellement la même que celle qui l'a précédée, savoir l'art. 122 en vigueur quand l'arrêt *R c. Quon*, [1948] R.C.S. 508, a été rendu. Dans cette affaire-là, la Cour d'appel de l'Ontario avait annulé une accusation portée en vertu de l'art. 122 après un plaidoyer de culpabilité à une accusation de vol qualifié et cette Cour a confirmé cet arrêt.

Les dispositions législatives pertinentes quant aux trois moyens invoqués par l'avocat de l'appellant sont les suivantes:

**83.** (1) Quiconque utilise une arme à feu

a) lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel, ou

b) lors de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre un acte criminel,

qu'il cause ou non des lésions corporelles en conséquence ou qu'il ait ou non l'intention d'en causer, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement

c) d'au plus quatorze ans et d'au moins un an, dans le cas d'une première infraction au présent paragraphe, sauf dans les cas où l'alinéa d) s'applique; et

d) d'au plus quatorze ans et d'au moins trois ans, dans le cas d'une infraction au présent paragraphe subséquente à une première infraction ou dans le cas d'une première infraction au présent paragraphe commise par une personne qui, avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, avait déjà été trouvée coupable d'avoir commis un acte criminel, ou d'avoir tenté de le commettre, en employant une arme à feu lors de cette perpétration ou tentative de perpétration ou lors de sa fuite après la perpétration ou tentative de perpétration.

(2) La sentence imposée à une personne pour une infraction prévue au paragraphe (1) doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits et à toute autre sentence qu'elle purge à ce moment-là.

**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.

I shall deal with the history of s. 83 when I come to consider the submission on the application of the *Kienapple* case.

Turning to the first point taken on behalf of the accused, it proves too much. If valid, it would nullify large sections of the *Criminal Code* in respect of persons charged as parties under s. 21. To take one striking illustration, it would preclude a conviction of a party under s. 21 of murder under s. 213(d), which uses words similar to those found in s. 83(1)(a). The main reliance on behalf of the appellant for the contention that only a person who himself uses a firearm may be found culpable under s. 83(1)(a) is the judgment of this Court in *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189. That case was examined and distinguished in the associated case of *Nicholson v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 600, heard in this Court immediately after the present case. It was pointed out there that *Paquette* does not have the general effect contended for but rather has a special and limited force. Section 21 is itself general and not special, and in its generality is applicable to all criminal offences so as to bring parties thereunder within the scope of criminal responsibility. It is only when the application of s. 21 is either expressly or by necessary construction excluded in respect of an offence or a defence to an offence (as this Court stated in *Paquette* in respect of *Criminal Code*, s. 17) that the submission made here can prevail. That is not this case and, consequently, the Court of Appeal correctly held that the accused could be culpable under s. 83(1)(a) through s. 21.

(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.

Je ferai l'historique de l'art. 83 quand j'étudierai la thèse de l'application de l'arrêt *Kienapple*.

Quant au premier moyen soumis au nom de l'accusé, il va trop loin. S'il était valable, il rendrait nulles de grandes parties du *Code criminel* qui visent les personnes accusées d'être parties à une infraction en vertu de l'art. 21. Ainsi, comme exemple frappant, il empêcherait qu'une personne qui est partie à une infraction au sens de l'art. 21 soit déclarée coupable de meurtre en vertu de l'al. 213d) qui est rédigé en termes analogues à ceux de l'al. 83(1)a). La thèse soumise au nom de l'appellant, selon laquelle seule la personne qui a elle-même utilisé une arme à feu peut être déclarée coupable en vertu de l'al. 83(1)a), repose principalement sur l'arrêt de cette Cour *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189. Cet arrêt a été examiné par cette Cour dans le pourvoi connexe *Nicholson c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 600, entendu immédiatement après le présent pourvoi, et distingué de ce dernier. On y souligne que l'arrêt *Paquette* n'a pas la portée générale alléguée, mais plutôt une application spéciale et limitée. L'article 21 est lui-même général et non spécial et, de par son caractère général, il s'applique à toutes les infractions criminelles de manière à assujettir à la responsabilité criminelle toutes les parties à ces infractions. La thèse soumise en l'espèce ne peut l'emporter que si l'application de l'art. 21 est expressément ou nécessairement exclue à l'égard d'une infraction ou d'un moyen de défense à une infraction (comme l'a affirmé cette Cour dans l'arrêt *Paquette*, concernant l'art. 17 du *Code criminel*). Ce n'est pas le cas ici et, par conséquent, la Cour d'appel a eu raison de conclure que l'accusé pouvait être déclaré coupable de l'infraction visée à l'al. 83(1)a), en invoquant l'art. 21.

In contending, on his second point, that the Court of Appeal wrongly found that the accused was a party to the offence charged under s. 83(1)(a), his counsel submitted also that there was no evidence that the accused was a party. At the most, so the contention went, the accused was an accessory after the fact and outside of s. 21. The issues raised by counsel under his second point engage the proceedings before the trial judge and I wish to refer to them.

After the accused and his co-accused pleaded guilty to attempted robbery and after their arraignment on the s. 83(1)(a) charge, but before any evidence was called on that charge, Crown counsel purported to read in an agreed statement of facts on the attempted robbery. When the trial judge told him to read in just the facts to substantiate the plea of guilty, Crown counsel said "They're both intertwined. I'm in agreement to read in the facts. There's no problems [*sic*] there, but as long as My Friends feel that it's not going to prejudice their defence . . ." Counsel for the appellant here then said "I don't think there's too much problem. We substantially agree to certain facts on the guilty plea . . ." Various facts were then recited by Crown counsel, the concluding statement being "And the person who was driving the car, in which they were able to escape from the scene, was Mr. McGuigan". The latter's counsel agreed that the facts were correct.

Before Crown counsel read in the facts and before appellant's counsel said "I don't think there's too much problem" and so on, the trial judge said this:

Well I'm not going to take those facts into consideration on a plea of not guilty. I mean they haven't admitted anything on a plea of not guilty, except that they're here.

After the facts were read in, the trial judge said "On the basis of the information provided by the Crown Attorney, and to the extent to which that is acknowledged by the Pros-[*sic*] by the Defence

En prétendant, dans son second moyen, que la Cour d'appel a eu tort de conclure que son client a été partie à l'infraction prévue à l'al. 83(1)a), l'avocat de l'accusé a aussi soutenu que rien ne prouve que son client a été partie à l'infraction. Tout au plus, soutient-il, l'accusé a été complice après le fait, ce qui ne relève pas de l'art. 21. Les points soulevés par l'avocat dans son second moyen visent les procédures qui se sont déroulées devant le juge du procès et je veux en faire état.

Après que l'accusé et ses coaccusés se furent reconnus coupables de tentative de vol qualifié et après leur mise en accusation en vertu de l'al. 83(1)a), mais avant la présentation de quelque preuve relative à cette accusation, le substitut du procureur général a voulu lire un exposé conjoint des faits relatifs à la tentative de vol qualifié. Lorsque le juge du procès lui a demandé de s'en tenir à la lecture des faits qui établissent le plaidoyer de culpabilité, le substitut du procureur général lui a répondu: [TRADUCTION] «Les deux sont entremêlés. Je consens à lire l'exposé des faits. Il n'y a aucun problème, mais pour autant que mes collègues ne croient pas que cela va nuire à leur défense . . . » L'avocat de l'appelant a alors dit [TRADUCTION] «Je ne crois pas qu'il y ait vraiment un problème. Nous nous accordons pour l'essentiel sur certains faits relatifs au plaidoyer de culpabilité . . . » Le substitut du procureur général a alors cité différents faits et il a terminé en ces termes: [TRADUCTION] «Et la personne qui conduisait la voiture dans laquelle ils ont pu fuir les lieux était M. McGuigan». L'avocat de ce dernier a reconnu l'exactitude de ces faits.

Avant que le substitut du procureur général ne fasse lecture des faits et que l'avocat de l'appelant ne dise «Je ne crois pas qu'il y ait vraiment un problème» et ainsi de suite, le juge du procès a dit ceci:

[TRADUCTION] Bien, je ne vais pas considérer ces faits en fonction d'un plaidoyer de non-culpabilité. Je veux dire qu'ils n'ont rien admis relativement à un plaidoyer de non-culpabilité, sauf qu'ils sont ici.

Après la lecture des faits, le juge du procès s'est exprimé ainsi: [TRADUCTION] «Compte tenu des renseignements fournis par le substitut du procureur général et dans la mesure où les avocats de la

Counsel, there will be a conviction of each of you on this charge [of attempted robbery].” Thereupon, the Crown called evidence on the second charge, that under s. 83(1)(a).

Judgment was reserved at the conclusion of the evidence, and in the course of his reasons the trial judge said that “The circumstances of the case [that is the s. 83(1)(a) charge], I don’t think I need to go into them in great detail as a result of the plea of guilty but are . . .” and thereupon he repeated substantially what the Crown Attorney had recited. Having said this he turned to the defence which was based on *Kienapple*, and without more acquitted the accused.

The Court of Appeal made no reference to the course of the proceedings to which I have referred but, having concluded that s. 21 was applicable to a charge under s. 83(1)(a), it said this [at p. 310]:

We are all of the view that it was open to the trial Judge to conclude that these accused entered into a common purpose to commit the offence of armed robbery and that each of them knew or ought to have known that the use of a firearm was a probable consequence of the carrying out of that unlawful purpose. This was not a case where the firearm in question was a small hand-gun capable of being concealed upon the person of one of the accused in circumstances where the others might not know that he was in possession of a gun. Here, the firearm was a shot-gun belonging to one of the accused, carried by another accused and transported in a car driven by the third accused and in which shot-gun shells were found. Not only do we think it was open to the trial Judge to draw a conclusion that each of the accused had entered into a common purpose to rob and that each knew or ought to have known that the use of the gun was a probable consequence of carrying out the robbery, but we think it was not open to him on the facts proved or admitted to come to any other conclusion.

The question is whether there was reversible error in the proceedings before the trial judge, error not cured by the different position taken by the Court of Appeal. Counsel for the appellant asserted, and did so emphatically, that he was not seeking a new trial but rather acquittal, or, I

défense les reconnaissent, chacun de vous sera déclaré coupable relativement à ce chef d’accusation [de tentative de vol qualifié].» Puis, la poursuite a soumis sa preuve concernant le second chef d’accusation, celui porté en vertu de l’al. 83(1)a).

Le juge du procès a pris l’affaire en délibéré après la présentation de la preuve et dans ses motifs, il déclare que [TRADUCTION] «Les circonstances de l’affaire [c.-à-d. l’accusation en vertu de l’al. 83(1)a)], je ne crois pas nécessaire de les examiner de façon très détaillée vu le plaidoyer de culpabilité, mais elles sont les suivantes . . . » et il reprend alors essentiellement l’exposé lu par le substitut du procureur général. Il a ensuite abordé le moyen de défense fondé sur l’arrêt *Kienapple* et, sans plus, il a acquitté l’accusé.

La Cour d’appel n’a pas parlé du déroulement de l’instance dont j’ai moi-même traité, mais après avoir conclu que l’art. 21 s’applique à une accusation portée en vertu de l’al. 83(1)a), elle dit ceci [à la p. 310]:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d’avis qu’il était loisible au juge du procès de conclure que ces accusés avaient formé ensemble le projet de commettre un vol à main armée et que chacun d’eux savait ou devait savoir que l’utilisation d’une arme à feu était une conséquence probable de la réalisation de ce projet illégal. Il ne s’agit pas d’une affaire où l’arme en cause est un pistolet qu’un des accusés aurait pu cacher sur lui à l’insu des autres. Ici, l’arme à feu est un fusil de chasse appartenant à l’un des accusés, transporté par un autre accusé dans une voiture conduite par le troisième accusé, dans laquelle on a découvert des cartouches de fusil de chasse. Non seulement croyons-nous qu’il était loisible au juge du procès de conclure que chacun des accusés avait formé le projet commun de commettre un vol qualifié et que chacun savait ou devait savoir que l’utilisation du fusil était une conséquence probable de la perpétration du vol qualifié, mais nous croyons qu’il ne lui était pas possible, compte tenu des faits prouvés ou admis, d’en arriver à une autre conclusion.

La question qui se pose est celle de savoir s’il y a eu, dans les procédures qui se sont déroulées devant le juge du procès, une erreur justifiant l’annulation du jugement, qui n’a pas été rectifiée par la position différente adoptée par la Cour d’appel. L’avocat de l’appelant a affirmé avec

would add, acquittal or nothing. In my opinion, if there was non-curable error, I would not agree that an acquittal must result, unless the trial judge was correct in applying *Kienapple*. If not, the proper order would be to direct a new trial in respect of the appellant.

There is no doubt that an agreed statement of facts referable to a particular charge is not admissible in a subsequent trial unless it can be said to amount to an admission accepted by counsel for the accused as applicable to the subsequent trial: *Cf. R. v. Falconer and Mann*, [1970] 4 C.C.C. 362. In the present case, the transcript suggests that the facts recited were accepted as an admission and that the trial judge and, indeed, the Court of Appeal treated them in that way. This despite the trial judge's initial assertion that he was not going to take them into consideration on the s. 83(1)(a) charge. The Court of Appeal, in the concluding sentence quoted from its reasons set out above, referred to "the facts proved or admitted". It is difficult in these circumstances, having regard, moreover, to the wide powers of the Court of Appeal in reviewing the propriety of an acquittal, to say that it could not properly assess the evidence in the terms recited above. Counsel for the accused conceded in his factum that "if the Court of Appeal . . . was correct in holding that it was open to the learned Trial Judge to look to the admitted facts on the guilty plea to attempted armed robbery, then there was some evidence" to support the conviction of the appellant as a party to the offence under s. 83(1)(a). There would, accordingly, not be a strict question of law to support an appeal.

The Court of Appeal was entitled to proceed on the facts proved, failing any finding on the facts by the trial judge. In founding itself on "the facts proved or admitted", the Court of Appeal indicated in effect that there was no substantial difference. I do not think, therefore, that it can be said that the Court of Appeal utilized inadmissible

beaucoup d'insistance qu'il ne demandait pas un nouveau procès mais plutôt un acquittement, ou, pourrais-je ajouter, un acquittement ou rien du tout. J'estime que s'il y a eu une erreur irrémédiable, il n'en résulte pas nécessairement un acquittement, sauf si le juge du procès a eu raison d'appliquer l'arrêt *Kienapple*. Dans le cas contraire, il faudrait ordonner un nouveau procès pour l'appellant.

Il n'y a pas de doute qu'un exposé conjoint des faits portant sur un chef d'accusation déterminé n'est pas recevable au cours d'un procès subséquent, à moins qu'on puisse dire qu'il correspond à un aveu que l'avocat de l'accusé reconnaît comme applicable à ce procès subséquent: voir *R. v. Falconer and Mann*, [1970] 4 C.C.C. 362. En l'espèce, il ressort de la transcription que les faits relatés ont été reconnus comme un aveu et que le juge du procès et, en fait, la Cour d'appel les ont traités comme tel. Cela s'est produit malgré l'affirmation initiale du juge du procès qu'il ne les considérerait pas en fonction de l'accusation portée en vertu de l'al. 83(1)a). Dans la dernière phrase de ses motifs précités, la Cour d'appel parle des «faits prouvés ou admis». Il est difficile dans ces circonstances, compte tenu d'ailleurs des pouvoirs étendus que possède la Cour d'appel pour examiner le bien-fondé d'un acquittement, de dire qu'elle ne pouvait pas évaluer adéquatement la preuve ainsi formulée. L'avocat de l'accusé admet dans son mémoire que [TRADUCTION] «si la Cour d'appel . . . a eu raison de conclure qu'il était loisible au juge du procès de tenir compte des faits admis concernant le plaidoyer de culpabilité à l'accusation de vol à main armée, il y avait alors des éléments de preuve» pour étayer la déclaration de culpabilité de l'appellant comme partie à l'infraction prévue à l'al. 83(1)a). Il n'y aurait donc aucune pure question de droit qui justifierait un appel.

La Cour d'appel avait le droit d'agir en fonction des faits prouvés, en l'absence de conclusions relatives aux faits de la part du juge du procès. En se fondant sur les «faits prouvés ou admis», la Cour d'appel a indiqué en réalité qu'il n'y avait aucune différence importante. Je ne crois donc pas qu'on puisse dire que la Cour d'appel a utilisé des élé-



evidence. Its powers under *Criminal Code*, s. 613(4)(b)(ii) are in themselves ample enough to support its view of the evidence so as to raise in this Court only a question of sufficiency.

Of course, this Court is entitled to determine for itself whether there was any evidence to support a conviction, especially when in this case there was no express or clear finding on the evidence by the trial judge. However, in the absence of any countering evidence by the appellant, I do not think that a finding of no evidence would be justified. I would not, therefore, interfere with the view taken by the Court of Appeal adverse to the appellant.

I turn, finally, to the ground of appeal founded on the *Kienapple* case. This Court, in applying in that case a rule against multiple convictions for the same matter or delict, pointed out that it was open to Parliament to avoid the rule by prescribing multiple convictions as it might see fit. The Court made the following pronouncement in that connection (at p. 753):

Parliament's power to constitute two separate offences out of the same matter is not in question, but unless there is a clear indication that multiple prosecutions and, indeed, multiple convictions are envisaged, the common law principle expressed in the *Cox and Paton* case should be followed. Neither the definitions of the respective offences nor their history gives any support to the view that that common law principle has been ousted. The limits of punishment are the same, and I have already spoken of the ingredients of the respective offences.

In *R. v. Langevin, supra*, the Ontario Court of Appeal concluded that the present formulation of s. 83, taken as a whole, justified a departure from the *Kienapple* principle on the facts of that case and supported a different result from that reached by this Court in the *Quon* case under what was then s. 122 of the *Criminal Code*. The Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Eby* (1979), 49 C.C.C. (2d) 27, the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Matheson* (1979), 50 C.C.C. (2d) 92 and the Quebec Court of Appeal in *R. v. Pineault; R. v.*

ments de preuve irrecevables. Les pouvoirs qu'elle possède en vertu du sous-al. 613(4)b(ii) du *Code criminel* sont en soi assez étendus pour justifier sa façon de considérer la preuve, de sorte que seule la question du caractère suffisant de la preuve se pose en cette Cour.

Il va de soi que cette Cour a le droit de déterminer elle-même s'il y a des éléments de preuve qui justifient une déclaration de culpabilité, d'autant plus qu'en l'espèce, il n'y a eu de la part du juge du procès aucune conclusion expresse ou précise sur la preuve. Toutefois, en l'absence de preuve contraire de la part de l'appellant, je ne crois pas qu'il y ait lieu de conclure à l'absence de preuve. En conséquence, je ne modifierai pas la conclusion défavorable à l'appellant à laquelle la Cour d'appel est arrivée.

J'aborde enfin le moyen d'appel fondé sur l'arrêt *Kienapple*. En appliquant à cette affaire la règle qui interdit les déclarations de culpabilité multiples pour la même chose ou le même délit, cette Cour a souligné qu'il était loisible au législateur d'écarter la règle en prescrivant les déclarations de culpabilité multiples qu'il peut juger nécessaires. A ce propos, la Cour déclare ce qui suit (à la p. 753):

Le pouvoir du Parlement de créer deux infractions distinctes à propos de la même chose n'est pas contesté, mais à moins d'une indication claire qu'on a en vue des poursuites multiples et, il va de soi, des condamnations multiples, le principe de *common law* énoncé dans l'arrêt *Cox et Paton* doit être suivi. Ni les définitions, ni l'historique des infractions respectives n'étayaient la conclusion que ce principe de *common law* a été écarté. Les limites de peine sont les mêmes, et j'ai déjà parlé des éléments constitutifs des infractions respectives.

Dans l'arrêt *R. v. Langevin*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la formulation actuelle de l'art. 83, dans son ensemble, justifiait une dérogation au principe de l'arrêt *Kienapple* à cause des faits en présence, de même qu'une conclusion différente de celle à laquelle cette Cour est arrivée dans l'arrêt *Quon* en vertu de ce qui était alors l'art. 122 du *Code criminel*. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. v. Eby* (1979), 49 C.C.C. (2d) 27, la Cour d'appel du Manitoba dans *R. v. Matheson* (1979), 50 C.C.C. (2d) 92 et la

*Bérubé* (1979), 12 C.R. (3d) 129 all reached the result that the Ontario Court of Appeal reached in *Langevin*. Even a little earlier, *Kienapple* was held inapplicable in the light of the terms of s. 83 in *R. v. Desrosiers* (1978), 47 C.C.C. (2d) 253, a judgment of the Quebec Sessions of the Peace.

What must be determined here is whether s. 83 has indeed the effect on the facts of this case that the Ontario Court of Appeal found, on the basis of the facts in *Langevin*, that it had there and, consequently, in the present case. Did *Langevin* and does this case justify a departure from the *Kienapple* principle and, more particularly, from what this Court decided earlier in *R. v. Quon*?

Weapons offences have a long history in Canadian criminal law. The *Criminal Code* of 1892 included two provisions found earlier in R.S.C. 1886, c. 149, s. 4 and c. 148, s. 2. They were, respectively, ss. 102 and 107, reading as follows:

**102.** Every one is guilty of an indictable offence and liable to five years' imprisonment who has in his custody or possession, or carries, any offensive weapons for any purpose dangerous to the public peace.

**107.** Every one who when arrested, either on a warrant issued against him for an offence or while committing an offence, has upon his person a pistol or air-gun is guilty of an offence and liable, on summary conviction before two justices of the peace, to a penalty not exceeding fifty dollars and not less than twenty dollars, or to imprisonment for any term not exceeding three months, with or without hard labour.

These sections were carried forward in the *Criminal Code*, in the R.S.C. 1906, c. 146 (as ss. 115 and 120) and, again, in the *Criminal Code* as it appeared in R.S.C. 1927, c. 36, as ss. 115 and 120.

These provisions were revised by 1932-33 (Can.), c. 25 and became ss. 122 and 123, which were in the following terms:

**122.** Every one who has upon his person a pistol, revolver or any firearm capable of being concealed on

Cour d'appel du Québec dans *R. v. Pineault*; *R. v. Bérubé* (1979), 12 C.R. (3d) 129 ont toutes statué dans le même sens que la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Langevin*. Même un peu plus tôt, dans *R. v. Desrosiers* (1978), 47 C.C.C. (2d) 253, la Cour des sessions de la paix du Québec avait déclaré inapplicable l'arrêt *Kienapple* en raison de la formulation de l'art. 83.

Il s'agit ici de déterminer si l'art. 83 a réellement, vu les faits de la présente affaire, la portée que, en fonction des faits de l'affaire *Langevin*, la Cour d'appel de l'Ontario lui a donnée dans cet arrêt et, par conséquent, en l'espèce. L'arrêt *Langevin* et la présente affaire justifient-ils une dérogation au principe de l'arrêt *Kienapple* et, plus particulièrement, à ce que cette Cour a décidé antérieurement dans *R. c. Quon*?

Les infractions relatives aux armes existent depuis longtemps dans le droit pénal canadien. Le *Code criminel* de 1892 comportait deux dispositions issues de l'art. 4, chap. 149 et de l'art. 2, chap. 148 des S.R.C. de 1886. Il s'agissait respectivement des art. 102 et 107 qui se lisent comme suit:

**102.** Est coupable d'un acte criminel et passible de cinq ans d'emprisonnement, celui qui a en sa possession ou sous sa garde, ou qui porte sur lui quelque arme offensive pour des objets de nature à compromettre la paix publique.

**107.** Quiconque, lorsqu'il est arrêté, soit sur mandat d'arrestation lancé contre lui pour une infraction, soit en flagrant délit, a sur lui un pistolet ou un fusil à vent, est coupable de contravention et passible, sur conviction sommaire devant deux juges de paix, d'une amende de vingt piastres à cinquante piastres, ou d'un emprisonnement de trois mois au plus, avec ou sans travaux forcés.

Ces articles ont été reproduits dans le *Code criminel*, chap. 146 des S.R.C. 1906, (art. 115 et 120) et, de nouveau, dans le *Code criminel*, chap. 36 des S.R.C. de 1927, aux art. 115 et 120.

Ces dispositions ont été modifiées à 1932-33 (Can.), chap. 25 et sont devenues les art. 122 et 123 qui sont ainsi rédigés:

**122.** Quiconque a sur soi un pistolet, revolver ou une autre arme à feu qui peut être dissimulée sur la personne

the person while committing any criminal offence of which he is convicted, shall receive a sentence of two years in addition to the sentence imposed in respect of the offence aforesaid of which he is convicted.

123. Every one who has upon his person any offensive weapon, with intent therewith unlawfully to do injury to any other person, is guilty of an offence and liable, on summary conviction before two justices, to a penalty not exceeding two hundred dollars and not less than fifty dollars, or to imprisonment for any term not exceeding six months, with or without hard labour.

A minor amendment was made to s. 122 by 1938 (Can.), c. 44, s. 7 so as to make the provision read as follows:

122. (1) Every one who has upon his person a rifle, shot-gun, pistol, revolver or any firearm capable of being concealed upon the person while committing any criminal offence is guilty of an offence against this section and liable to imprisonment for a term not less than two years in addition to any penalty to which he may be sentenced for the first mentioned offence, and an offence against this section shall be punishable either on indictment or summary conviction in the same manner as the first mentioned offence.

(2) Such imprisonment shall be served after undergoing any term of imprisonment to which such person may be sentenced for the first mentioned offence.

It was this provision that was considered in the *Quon* case.

In the *Quon* case the accused, armed with a revolver, committed a robbery to which he pleaded guilty. He was also charged with having on his person a revolver contrary to s. 122. He was sentenced to a two-year term for the robbery and to a further two years under s. 122. The only material change to s. 122, effected in 1938, was the addition of the words "rifle" and "shot-gun" to the list of weapons and a re-arrangement of the penalty provisions. In upholding the decision of the Ontario Court of Appeal quashing the conviction under s. 122, this Court adverted first to the Court of Appeal's view that the words "any criminal offence" in s. 122 could, if viewed as exhaustive, encompass every offence under the *Criminal Code*. The Ontario Court of Appeal felt that this would give too broad a scope to s. 122 and that its

pendant qu'il commet un acte criminel dont il est déclaré coupable, doit recevoir une sentence de deux ans en sus de la sentence imposée à l'égard de l'acte susdit dont il est déclaré coupable.

123. Quiconque a sur lui une arme offensive avec l'intention d'en blesser une autre personne illégalement, est coupable d'une infraction et passible, après déclaration sommaire de culpabilité devant deux juges de paix, d'une amende de cinquante dollars au moins et de deux cents dollars au plus, ou d'un emprisonnement de six mois au plus, avec ou sans travaux forcés.

L'article 122 a été modifié légèrement à 1938 (Can.), chap. 44, art. 7, de manière à ce qu'il se lise comme suit:

122. (1) Quiconque a sur soi une carabine, un fusil de chasse, un pistolet, un revolver ou quelque arme à feu qui peut être dissimulée sur la personne pendant qu'il commet un acte criminel est coupable d'une infraction au présent article et passible d'emprisonnement pendant au moins deux ans en sus de toute peine à laquelle il peut être condamné pour l'infraction en premier lieu mentionnée; et une infraction au présent article est punissable, soit sur mise en accusation, soit sur déclaration sommaire de culpabilité, de la même manière que pour l'infraction en premier lieu mentionnée.

(2) Cet emprisonnement est purgé après l'accomplissement de toute période d'incarcération à laquelle cette personne peut être condamnée pour l'infraction en premier lieu mentionnée.

C'est cette disposition qui a été examinée dans l'affaire *Quon*.

Dans l'affaire *Quon*, l'accusé, armé d'un revolver, avait commis un vol qualifié dont il s'est reconnu coupable. Il avait aussi été accusé d'avoir eu sur lui un revolver contrairement à l'art. 122. Il a été condamné à deux ans d'emprisonnement pour le vol qualifié et à deux années additionnelles en vertu de l'art. 122. Le seul changement important apporté à l'art. 122 en 1938 a été l'ajout des mots «carabine» et «fusil de chasse» à la liste des armes et un réarrangement des peines. En confirmant la décision de la Cour d'appel de l'Ontario qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'art. 122, cette Cour a d'abord invoqué l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle les mots «un acte criminel» à l'art. 122 pourraient, s'ils étaient interprétés de façon libérale, comprendre toutes les infractions prévues dans le *Code crimi-*

reference to having a revolver or any firearm while committing any criminal offence should not be extended to cover a criminal offence of which an essential element was possession of a revolver or any firearm capable of being concealed upon the person (to use the exact words of s. 122). The Ontario Court of Appeal had also pointed to what was referred to in *Quon* as absurdities or inconsistencies arising from other provisions of the *Criminal Code*, such as s. 118 which made a person liable to imprisonment for up to five years if, not having a prescribed permit, he has upon his person, elsewhere than in his dwelling house or shop, a pistol, revolver or other firearm capable of being concealed upon his person. Again, s. 457(2), as it then stood, provided for a conviction of a person who, when arrested for or when committing burglary, had upon his person any offensive weapon—and he was liable to whipping in addition to imprisonment on conviction of burglary.

Estey J., speaking for himself and Rinfret C.J.C., after reviewing various provisions of the *Criminal Code*, was prompted to say this (at p. 511):

The construction given to this section [s. 122] by the learned Judges of the Appellate Court avoids these absurdities and repugnancies. Moreover, that construction seems to be supported by a perusal of many sections of the *Code*. The group of sections such as 115 to 129 deal in the main with custody and possession of the specified weapons under certain circumstances; then the offences such as sec. 264 (attempts murder); sec. 273 (wounding with intent); sec. 446 (robbery) cover those cases in which the weapons are used in the manner as therein described. In all of these latter offences the maximum punishment provided is life imprisonment. In those sections where possession or custody is the basis of the offence, Parliament has in mind the mischief of risk to the public occasioned by the possession of one of these firearms. Apart from 122 there is no section that deals with the having, with or without a permit, the firearms specified in 122 upon the person of one while committing a criminal offence. A firearm upon the person of a criminal while committing an offence is fraught with the

*nel*. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que cela donnerait une portée trop grande à l'art. 122 et que sa mention de la possession d'un revolver ou de quelque arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel ne devrait pas s'appliquer à un acte criminel dont un élément essentiel est la possession d'un revolver ou de quelque arme à feu qui peut être dissimulée sur la personne (selon les termes mêmes de l'art. 122). La Cour d'appel de l'Ontario a aussi mentionné ce qui a été décrit, dans l'arrêt *Quon*, comme des absurdités ou des incompatibilités résultant d'autres dispositions du *Code criminel*, tel l'art. 118 qui rendait alors une personne passible d'une peine pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement si, sans avoir le permis prescrit, elle avait sur elle, ailleurs que dans sa demeure ou sa boutique, un pistolet, un revolver ou une autre arme à feu pouvant être dissimulée sur elle. De plus, le par. 457(2) prévoyait, à l'époque, la condamnation de la personne qui avait sur elle une arme offensive au moment de la perpétration d'un vol avec effraction ou de son arrestation pour ce crime et rendait cette personne passible de la peine du fouet en sus de l'emprisonnement prescrit relativement à l'introduction par effraction.

Le juge Estey, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge en chef Rinfret, après avoir analysé diverses dispositions du *Code criminel*, s'empresse d'ajouter ceci (à la p. 511):

[TRADUCTION] L'interprétation que les savants juges de la Cour d'appel ont donné à cet article [l'art. 122] permet d'éviter ces absurdités et incompatibilités. De plus, l'analyse de plusieurs articles du *Code* semble étayer cette interprétation. Des groupes d'articles comme les art. 115 à 129 portent principalement sur la garde et la possession des armes spécifiées dans certaines circonstances; puis, les infractions comme celles prévues aux art. 264 (tentative de meurtre), 273 (blessures intentionnelles), 446 (vol à main armée) portent sur les cas où les armes sont utilisées de la façon qui y est décrite. Dans toutes ces dernières infractions, la peine maximale prévue est l'emprisonnement à perpétuité. Dans les articles où l'infraction repose sur la possession ou la garde, le législateur vise le méfait que comportent les risques que fait courir au public la possession d'une de ces armes à feu. Mis à part l'art. 122, aucun autre article ne traite de la possession sur soi, avec ou sans permis, des armes à feu spécifiées à l'art. 122 lors de la perpétration d'un acte criminel. Le criminel qui a sur lui

greatest possible danger to the public, when detected, he resorts to his firearm with usually serious and sometimes fatal consequences to one or more of the public. It is in sec. 122, as in the other sections with which it is associated under the heading "Offensive Weapons", that Parliament seeks to punish and to that extent to protect the public against the possession or custody of these firearms and thereby avoid the consequences already suggested.

Kellock J., with whom Taschereau J. in effect agreed, spoke in the same vein. He too rejected the literal interpretation of the phrase "any criminal offence" in s. 122. He said this in reference to associated offences (at pp. 524-25):

In my opinion it would be absurd to say that a person liable to conviction under the provisions of subsection 2 [of s. 457] is also liable to be convicted under the provisions of section 122, if the offensive weapon is a firearm. The absurdity of such a construction is heightened by the fact that the penalty provided by section 457, subsection 1, is imprisonment for life.

Coming to section 446(c) [robbery], Parliament has by this provision, declared that for that offence, involving as one of its main elements, the presence on the offender of an offensive weapon, the penalty may be imprisonment for life and whipping. That is expressly the penalty for the totality of that conduct. I do not think therefore, that there is to be attributed to Parliament the intention that one part of that conduct (where the weapon in question is a firearm) may be made the subject of a separate charge under section 122, a procedure which would be ineffective and absurd where the maximum penalty had been imposed. In any case where the maximum is not imposed, it is to be taken that it is because the trial tribunal did not consider that the conduct involved merited such a penalty. Surely it cannot be said that in such a case Parliament has expressed the intention, nonetheless, that the same tribunal may be called upon to impose an additional penalty for the same conduct under the guise of a separate charge. While it is the fact that in the case of the offences provided for by clauses (a) and (b) of section 446, the penalty is the same as in the case of an offence under clause (c), an offensive weapon is not there in either case involved. The same considerations therefore do not apply as in a case under clause (c).

It is quite true that under the provisions of section 122, subsection 1, a conviction for the offence thereby

une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction expose le public aux plus grands dangers; s'il est repéré, il se sert de l'arme à feu et il en résulte habituellement des blessures graves et parfois mortelles pour une seule ou plusieurs personnes. C'est à l'art. 122 et aux autres articles qui sont inscrits sous la rubrique «Armes offensives» que le législateur cherche à réprimer la possession ou la garde de ces armes à feu et ainsi, à protéger le public et à éliminer les conséquences auxquelles j'ai fait allusion.

Le juge Kellock, auquel se rallie en fait le juge Taschereau, s'est exprimé dans le même sens. Il rejette lui aussi l'interprétation littérale de l'expression «un acte criminel» qui se trouve à l'art. 122. Voici ce qu'il dit au sujet des infractions connexes (aux pp. 524 et 525):

[TRADUCTION] A mon avis, il serait absurde d'affirmer qu'une personne susceptible d'être reconnue coupable en vertu du par. 2 [de l'art. 457] peut aussi être déclarée coupable en vertu de l'art. 122, si l'arme offensive est une arme à feu. Cette interprétation est d'autant plus absurde que la peine prévue au par. 1 de l'art. 457 est l'emprisonnement à perpétuité.

Je passe maintenant à l'article 446, alinéa c) [vol à main armée]. Le Parlement, par cette disposition, a déclaré que pour cette infraction, dont l'un des éléments essentiels est la présence d'une arme offensive sur le contrevenant, la peine peut être l'emprisonnement à perpétuité et le fouet. C'est expressément la peine prévue pour l'intégralité de cette conduite. Je ne pense donc pas qu'il faille attribuer au Parlement l'intention de permettre qu'un élément de cette conduite (lorsque l'arme en question est une arme à feu) puisse faire l'objet d'une inculpation distincte en vertu de l'article 122, ce qui constituerait une procédure absurde et inefficace dans les cas où la peine maximale aurait déjà été imposée. Quand la peine maximale n'est pas imposée, il faut en déduire que c'est parce que le tribunal n'a pas estimé que la conduite en cause justifiait une telle sentence. On ne peut certes pas affirmer que le Parlement a néanmoins voulu, dans un tel cas, que le même tribunal puisse être appelé à imposer une peine supplémentaire pour la même conduite sous le couvert d'une accusation différente. Même s'il est vrai que dans le cas des infractions prévues aux al. a) et b) de l'art. 446, la peine est la même que pour l'infraction visée à l'al. c), il n'y est question d'aucune arme offensive. Les considérations applicables à une infraction prévue à l'al. c) ne s'appliquent donc pas.

Il est tout à fait juste qu'aux termes du par. 1 de l'art. 122, la déclaration de culpabilité relative à l'infraction

provided does not depend upon a conviction for the other offence to which the subsection refers but it does depend upon such offence being proved to have been in fact committed. I do not think, therefore, that this situation has any bearing upon the construction of the section from the standpoint above set forth.

Although the approach of the Court in the *Quon* case was on the basis of construction of s. 122, it nonetheless followed, once the words "any criminal offence" were given a restricted meaning, that the Court applied a rule against multiple convictions for the same matter or delict. Kerwin J., who alone dissented, saw no reason to cut down the scope of the words "any criminal offence". However, advertent to the view of the Ontario Court of Appeal that its quashing of the conviction did not rest on *res judicata* or, rather, that it did not consider that defence, he concluded that, if that be so, the case should be remitted to that Court to pass upon the defence. However, if the Ontario Court of Appeal had decided the point against the accused, the appeal should be dismissed. I shall return to the *Quon* case later in these reasons.

The *Criminal Code* was amended in 1951 by the repeal of former s. 122 and the substitution by 1951 (Can.), c. 47 of s. 115, which was similar to s. 102 in the *Code* of 1892. The new s. 115 was as follows:

**115.** Every one who carries or has in his custody or possession an offensive weapon for a purpose dangerous to the public peace is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

A revision by way of extension of this provision occurred in R.S.C. 1970, c. C-34, s. 83 which was in these words:

**83.** Every one who carries or has in his possession a weapon or imitation thereof, for a purpose dangerous to the public peace or for the purpose of committing an offence, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for five years.

So the situation remained until the present s. 83 was enacted by 1976-77 (Can.), c. 53, s. 3. It resembles the former s. 122, which was in force

qui y est prévue ne dépend pas d'une déclaration de culpabilité relative à l'autre infraction dont le paragraphe fait mention, mais elle dépend effectivement de la preuve de la perpétration de cette infraction. Je ne crois donc pas que cette situation ait une influence quelconque sur l'interprétation de l'article du point de vue exposé ci-dessus.

Même si, dans l'arrêt *Quon*, son raisonnement repose sur l'interprétation de l'art. 122, la Cour, après avoir donné un sens restrictif à l'expression «un acte criminel», n'en a pas moins appliqué la règle qui interdit les déclarations de culpabilité multiples pour une même chose ou un même délit. Le juge Kerwin, qui est le seul juge dissident, n'a vu aucune raison de réduire la portée des mots «un acte criminel». Toutefois, invoquant le point de vue de la Cour d'appel de l'Ontario selon lequel celle-ci ne s'est pas fondée sur le principe de la chose jugée pour annuler la déclaration de culpabilité ou plutôt, qu'elle n'a pas tenu compte de ce moyen de défense, il conclut que, si tel était le cas, l'affaire devrait être renvoyée à cette Cour pour qu'elle statue sur ce moyen de défense. Cependant, si la Cour d'appel de l'Ontario avait statué sur ce point à l'encontre de l'accusé, il faudrait rejeter le pourvoi. Je reviendrai à l'arrêt *Quon* plus loin dans les présents motifs.

Le *Code criminel* a été modifié en 1951 par l'abrogation de l'ancien art. 122 et la substitution, à 1951 (Can.), chap. 47, de l'art. 115 qui était semblable à l'art. 102 du *Code* de 1892. Le nouvel art. 115 était ainsi rédigé:

**115.** Est coupable d'un acte criminel et encourt un emprisonnement de cinq ans quiconque porte ou a en sa garde ou possession une arme offensive pour un objet de nature à compromettre la paix publique.

Cette disposition a été élargie et remplacée par l'art. 83, S.R.C. 1970, chap. C-34, lequel se lisait comme suit:

**83.** Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans, quiconque porte ou a en sa possession une arme ou une imitation d'arme, dans un dessein dangereux pour la paix publique ou en vue de commettre une infraction.

La situation est donc restée ainsi jusqu'à ce que l'art. 83 actuel soit adopté à 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 3. Il ressemble à l'ancien art. 122, qui a été

from 1934 to 1951 (with some changes in 1938), and as already noted, was the provision that, subject to the changes in 1938, was considered in the *Quon* case. What then were the differences between *Quon* and *Langevin* that produced in the latter case a departure from the former? I do not think that any difference can turn on the restricted meaning given to the words "any criminal offence" in former s. 122, considered in the *Quon* case. The question of principle raised here must be assessed on the basis that the words "any criminal offence" do not include an offence of which an essential element is the possession upon the person of a revolver or any firearm capable of being concealed upon the person. Put another way, this Court has said in *Quon* that the Crown is not entitled to vex an accused, to subject him to prosecution, coming and going, so to speak; that is, to prosecute him for robbery while armed with a revolver and to prosecute him also for having that revolver while committing the robbery. These are, in short, obverse faces of the same coin.

Section 83 is not that different from former s. 122 in making it an indictable offence to use a firearm while committing or attempting to commit an indictable offence. The last mentioned words ("while committing . . . an indictable offence") do not appear to me to differ in substance from the words in former s. 122, "while committing any criminal offence". There is, however, a difference in the introduction of the offence in former s. 122 and the present s. 83(1)(a). Section 122 introduced the offence thereunder with the words "Every one who has upon his person a rifle, shotgun, pistol, revolver or any firearm capable of being concealed upon the person", while s. 83(1)(a) uses the simpler expression "Every one who uses a firearm". In *Quon*, the robbery charge under the then s. 446(c) was defined as "being armed with an offensive weapon or instrument robs . . . any person". The weapon of the accused *Quon*, with which he was armed, was a pistol or revolver. In *Langevin*, robbery under the present s. 302(d) is defined as stealing from a person while armed with an offensive weapon. In that case, the

en vigueur de 1934 à 1951 (sous réserve de changements mineurs en 1938) et, comme je l'ai déjà souligné, c'est la disposition qui, compte tenu des changements de 1938, a été étudiée dans l'arrêt *Quon*. Quelles étaient donc les différences entre les affaires *Quon* et *Langevin* qui ont fait que dans ce dernier on n'a pas suivi le premier arrêt? Je crois qu'aucune différence ne peut s'expliquer par le sens restrictif donné à l'expression «un acte criminel» figurant dans l'ancien art. 122 étudié dans l'affaire *Quon*. La question de principe soulevée en l'espèce doit être considérée en fonction de la thèse selon laquelle les mots «un acte criminel» ne comprennent pas une infraction dont un élément essentiel est la possession sur soi d'un revolver ou de quelque arme à feu qui peut être dissimulée sur la personne. En d'autres termes, cette Cour a statué dans l'arrêt *Quon* que la poursuite n'a pas le droit de harceler un accusé, de le soumettre, pour ainsi dire, à des poursuites dans un sens et dans l'autre sens, c.-à-d. de le poursuivre pour un vol qualifié commis alors qu'il était armé d'un revolver et de le poursuivre aussi pour la possession de ce revolver pendant la perpétration du vol qualifié. Ce sont là, en résumé, les deux côtés d'une même médaille.

L'article 83 ne diffère pas tellement de l'ancien art. 122 pour ce qui est de prévoir que l'usage d'une arme à feu, lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel, constitue un acte criminel. Les derniers mots («lors de la perpétration . . . d'un acte criminel») ne me semblent pas différer en substance des mots de l'ancien art. 122 «pendant qu'il commet un acte criminel». L'ancien art. 122 et l'al. 83(1)(a) actuel diffèrent toutefois sur le plan de la présentation de l'infraction. L'article 122 présente l'infraction au moyen des mots «Quiconque a sur soi une carabine, un fusil de chasse, un pistolet, un revolver ou quelque arme à feu qui peut être dissimulée sur la personne» tandis que l'al. 83(1)(a) se sert de l'expression plus simple «Quiconque utilise une arme à feu». Dans l'arrêt *Quon*, l'accusation de vol à main armée portée en vertu de l'al. 446(c) alors en vigueur, était définie comme ceci: «étant muni d'une arme offensive ou d'un instrument offensif . . . vole une personne». L'arme dont l'accusé *Quon* était muni était un pistolet ou revolver. Dans l'arrêt *Langevin*, le vol qualifié au sens de

weapon was particularized as a rifle which, of course, like a pistol or revolver, is a firearm.

So far, it does not appear that on the facts of *Quon* and *Langevin* there is any material difference between them. In each case, the robbery had to involve and did involve an offensive weapon. The pistol or revolver brandished by the robber in the *Quon* case to intimidate the victim, was clearly in his possession within the then s. 122; and it could be said that it was "used", if that expression had then been in s. 122. "Use" was, of course, the basis of the s. 83(1)(a) conviction in *Langevin* and also in the present case. Of course, if in the *Langevin* case or in the present case the accused had committed a robbery while in possession of an offensive weapon, but without using the weapon (and I postulate a distinction between possession and use), then he could not in any event have been charged under s. 83(1)(a).

Where then did the Ontario Court of Appeal in *Langevin* find the distinction from *Quon*? Martin J.A. who spoke for that Court in *Langevin*, approached the matter from the standpoint of an assumption that Parliament was aware of the existing state of the law when it enacted the present s. 83, and hence aware of the rule against multiple convictions for the same matter or delict. I do not see where such an assumption leads if the legislation to which it is directed does not plainly support it. The citation by Martin J.A. of civil cases to sustain what is in truth a fiction should have a no bearing on the proper construction of the criminal law. It is as fully a cogent principle that an accused is not liable to conviction unless clearly caught by the statute under which he is charged as is the assumption invoked by Martin J.A. in *Langevin*. The same restrictive interpretation (compatible with the principle just mentioned) that was given in *Quon* was equally open in *Langevin*.

l'al. 302d) actuel est défini comme le fait de voler une personne alors qu'on est muni d'une arme offensive. Dans cette affaire-là, l'arme est décrite comme une carabine qui évidemment, tout comme un pistolet ou un revolver, est une arme à feu.

Jusqu'ici, il semble que les arrêts *Quon* et *Langevin* ne diffèrent pas sensiblement sur le plan des faits. Dans les deux cas, le vol devait comporter et comportait effectivement une arme offensive. Le pistolet ou revolver brandi par le voleur dans l'affaire *Quon* afin d'intimider la victime était nettement en sa possession au sens de l'art. 122 alors en vigueur; on pourrait dire qu'il a été «utilisé», si ce terme s'était alors trouvé à l'art. 122. C'est évidemment sur l'«usage» que repose la déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 83(1)a) dans l'affaire *Langevin* et en l'espèce. Il va de soi que, si dans l'affaire *Langevin* ou dans la présente affaire, l'accusé avait commis un vol qualifié alors qu'il était en possession d'une arme offensive, mais sans en faire usage (je suppose qu'il y a une distinction entre la possession et l'usage), aucune accusation en vertu de l'art. 83(1)a) n'aurait pu alors être portée contre lui.

En quoi alors la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle distingué l'affaire *Langevin* de l'affaire *Quon*? Le juge Martin, qui a exposé les motifs de la Cour d'appel dans l'arrêt *Langevin*, a abordé la question en supposant que le législateur connaissait l'état du droit quand il a adopté l'art. 83 actuel et donc qu'il connaissait la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples pour la même chose ou le même délit. Je ne vois pas où mène une telle hypothèse en l'absence d'appui manifeste de la loi qu'elle concerne. La citation de décisions en matière civile par le juge Martin pour étayer ce qui en réalité est une fiction ne devrait pas influencer sur l'interprétation à donner au droit pénal. Le principe selon lequel un accusé ne peut pas être déclaré coupable à moins que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée ne s'applique clairement à lui, est tout aussi convaincant que l'hypothèse invoquée par le juge Martin dans l'arrêt *Langevin*. La même interprétation restrictive (compatible avec le principe que je viens de mentionner) adoptée dans l'arrêt *Quon* était également possible dans l'arrêt *Langevin*.



The learned Justice of Appeal drew a distinction between possession as an element under former s. 122 and use as the element under the present s. 83(1)(a), offensive weapons, which were firearms, being involved in either case. I can see no basis for such a differentiation when the possession or use, as the case may be, is geared to the commission of a criminal offence in the one case and the commission of an indictable offence (which is a criminal offence) in the other. Nor am I as certain as was Martin J.A. in *Langevin* that Parliament had shown its clear intention to make use of firearms in the commission of an offence culpable in its own right and expressed it in language which reflected that intention. Again, there is fiction involved in speaking of the intention of Parliament, especially in criminal matters, unless it is manifested not by an *a priori* assumption but by express language.

The Court of Appeal agreed that *Langevin* was not of unlimited scope. The following passage from the reasons of Martin J.A., at p. 145, points to some limitations:

Mr. Hunt [for the Crown] conceded during argument that it would not be reasonable to interpret s. 83 as applying to offences which by their definitions in the *Code* require the use of a firearm as a constituent of the offence, for example, pointing a firearm at another (s. 84(1) (rep. & sub. *idem*)) and discharging a firearm with intent to wound (s. 228). It is also obvious that questions may arise as to the nature and purpose of the use of a firearm required to render s. 83 applicable. To illustrate: it would not, I think, be sensible to conclude that a person in possession of a firearm falling within the definition of a restricted weapon for which he did not have a registration certificate and, hence, guilty of an indictable offence under s. 89(1) (rep. & sub. *idem*) of the *Code*, would also be liable to conviction under s. 83(1) if, while committing the s. 89(1) offence, he used the firearm for target practice. The scope of s. 83(1), and whether it may successfully be invoked in particular circumstances, must be determined as those circumstances arise, but I am satisfied that it is properly invoked in the present case notwithstanding the respondent is charged with theft while "armed" with a firearm.

Le savant juge de la Cour d'appel a établi une distinction entre la possession en tant qu'élément en vertu de l'ancien art. 122 et l'usage comme élément en vertu de l'al. 83(1)a) actuel, des armes offensives, soit des armes à feu, dont il est question dans les deux cas. Je ne vois rien qui puisse justifier une telle distinction lorsque la possession ou l'usage, selon le cas, est lié d'une part, à la perpétration d'une infraction criminelle et, d'autre part, à la perpétration d'un acte criminel (qui constitue une infraction criminelle). Je ne suis pas aussi certain que l'était le juge Martin dans l'arrêt *Langevin* que le législateur a clairement indiqué qu'il entendait faire de l'usage d'armes à feu lors de la perpétration d'une infraction un crime en soi et qu'il l'a exprimé en des termes qui traduisent cette intention. Encore une fois, il est fictif de parler de l'intention du législateur, spécialement en matière criminelle, à moins qu'elle ne se manifeste non pas au moyen d'une présomption *a priori*, mais en termes exprès.

La Cour d'appel a admis que l'arrêt *Langevin* n'avait pas une portée absolue. Le passage suivant des motifs du juge Martin, à la p. 145, souligne certaines restrictions:

[TRADUCTION] M<sup>e</sup> Hunt [pour la poursuite] a reconnu pendant la plaidoirie qu'il ne serait pas raisonnable d'interpréter l'art. 83 de façon à l'appliquer aux infractions dont un élément essentiel est, de par leur définition dans le *Code*, l'usage d'une arme à feu, comme par exemple, braquer une arme à feu (par. 84(1) (abr. et rempl. *idem*)) et décharger une arme à feu dans l'intention de blesser (art. 228). Il est aussi évident qu'il peut surgir des questions quant à la nature et au but de l'usage d'une arme à feu, nécessaires à l'application de l'art. 83. Par exemple, il serait insensé, à mon avis, de conclure qu'une personne trouvée en possession d'une arme à feu qui, par définition, correspond à une arme à autorisation restreinte pour laquelle elle ne détient aucun certificat d'enregistrement, se rendant ainsi coupable d'un acte criminel en vertu du par. 89(1) (abr. et rempl. *idem*) du *Code*, serait aussi passible d'une déclaration de culpabilité en vertu du par. 83(1) si, en commettant l'infraction visée au par. 89(1), elle utilisait l'arme à feu pour pratiquer le tir à la cible. La portée du par. 83(1) et la question de savoir s'il peut être invoqué avec succès dans certaines circonstances, doivent être déterminées au fur et à mesure que le cas se présente, mais je suis convaincu qu'il est invoqué à juste titre en l'espèce même si l'intimé est accusé d'avoir commis un vol alors qu'il était «muni» d'une arme à feu.

Unless I mistake the meaning of this passage, it appears to me to concede that if in the particular circumstances of a robbery an accused has in fact used a firearm, he would be within the exclusionary interpretation of s. 83 accepted by counsel for the Crown in *Langevin*. True, he may be charged, in the formal language of s. 302(d) with stealing while armed with an offensive weapon, but if the circumstances show that he used the weapon it would be the height of technicality or formalism to say that he also renders himself separately liable to conviction under s. 83(1)(a). It is worth repeating that I speak here of offences which involve firearms as essential elements. The statement of an offence in the terms of the *Criminal Code* cannot be dissociated from the circumstances affecting the accused or his conduct so as to expose him to an additional liability for that conduct unless the additional liability is clearly assigned.

In short, I am not persuaded by what has so far gone before that if Parliament had the intention ascribed to it, that intention was carried out in the kind of language required to establish culpability in a criminal matter. To hold a person guilty under s. 83(1)(a) where he has pleaded or been found guilty of robbery, that is theft while armed with a firearm, carries no clear distinction for me from a conviction of robbery while armed with a firearm which the accused brandished resulting in an acquittal in *Quon* of being in possession of a firearm while committing robbery.

There remains one important point raised by the Crown in respect of s. 83 which Martin J.A. mentioned but did not emphasize. It was put as follows (at p. 144):

Mr. Hunt, in support of his contention that Parliament has shown a clear intention to exclude the rule against multiple convictions in respect of the same delict, relied upon the language of s. 83(2) which pro-

A moins que je ne m'abuse sur le sens de ce passage, il me paraît reconnaître que si, dans les circonstances particulières d'un vol qualifié, l'accusé a effectivement utilisé une arme à feu, il répond aux conditions d'interprétation qui excluent l'application de l'art. 83 et qui ont été acceptées par le substitut du procureur général dans l'arrêt *Langevin*. A vrai dire, il peut être accusé, selon la formulation même de l'al. 302d), d'avoir volé alors qu'il était muni d'une arme offensive, mais si les circonstances révèlent qu'il a utilisé l'arme, ce serait le comble du légalisme ou du formalisme que de dire qu'il est aussi passible d'une déclaration de culpabilité distincte en vertu de l'al. 83(1)a). Je tiens à réitérer que je parle ici d'infractions où les armes à feu constituent un élément essentiel. L'énoncé d'une infraction dans le *Code criminel* ne peut se dissocier des circonstances qui influent sur l'accusé ou sa conduite au point de l'exposer à une responsabilité supplémentaire relativement à cette conduite, à moins que cette responsabilité supplémentaire ne soit clairement imputée.

En résumé, je ne suis pas convaincu qu'il ressort de ce qui s'est passé jusqu'ici que, si le législateur a eu l'intention qu'on lui a prêtée, cette intention a été exprimée dans les termes requis pour établir la culpabilité en matière criminelle. Une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 83(1)a) après que l'accusé a reconnu sa propre culpabilité ou a été reconnu coupable de vol qualifié, c.-à-d. de vol alors qu'il était muni d'une arme à feu, ne diffère aucunement, selon moi, de la déclaration de culpabilité d'une personne accusée d'avoir commis un vol alors qu'elle était munie d'une arme à feu qu'elle a brandie, qui, dans l'affaire *Quon*, a entraîné un acquittement relativement à l'accusation de possession d'une arme à feu pendant la perpétration d'un vol qualifié.

Il reste un point important que le substitut du procureur général a soulevé quant à l'art. 83 et que le juge Martin a mentionné sans toutefois insister. Ce point est énoncé comme suit (à la p. 144):

[TRADUCTION] Pour étayer son argument selon lequel le législateur a clairement manifesté l'intention d'écarter la règle qui interdit les déclarations de culpabilité multiples pour un même délit, M<sup>e</sup> Hunt a invoqué le langage

vides that "a sentence imposed on a person for an offence under subsection (1) shall be served consecutively to any other punishment imposed on him for an offence arising out of the same event or series of events . . .".

There is, of course, no reason to deny the effect of a penalty provision as establishing or fortifying a departure from the rule against multiple convictions for the same matter or delict. The situation in respect of penalty, however, appears to me to be indistinguishable as between *Quon* and *Langevin* and the present case. Section 122, in force when *Quon* was decided, provided for a penalty in addition to that imposed for the primary offence, in that case as this, robbery, and also for serving the additional penalty consecutively. Section 83(2), dealing with penalty, also provides for consecutive punishment but concludes it is to be consecutive "to any other punishment imposed on him for an offence arising out of the same event or series of events". It is to be observed that s. 83(2) does not speak of the same matter or delict. It refers rather to a happening or happenings and thus to occurrences which may not arise from the same matter or delict. I cannot agree that the penalty provisions of s. 83(2) achieve what the substantive definition of the offence in s. 83(1)(a) did not.

The argument based on penalty would have great cogency if it were the fact that s. 83 was limited in subject matter to the offences in *Langevin* and in the present case. That, however, is not so. As was pointed out in *Langevin* it applies to other offences in which, it was conceded by the Crown, the rule against multiple convictions still operated. So much then for the force of the penalty provision, and its lack of force in the instances specified was probably the reason why Martin J.A. did not emphasize it.

But beyond this, there are other offences in which a firearm may be used which could carry a second conviction by reason of such use without attracting the multiple conviction rule; for example, the use of a firearm in connection with a rape.

du par. 83(2) qui prévoit que «la sentence imposée à une personne pour une infraction au paragraphe (1) doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits . . .».

Il n'y a naturellement aucune raison de prétendre qu'une disposition pénale ne peut pas créer ou étayer une dérogation à la règle qui interdit les déclarations de culpabilité multiples pour la même chose ou le même délit. Il me semble toutefois qu'en matière de peine, la situation est la même dans l'affaire *Quon*, l'affaire *Langevin* et en l'espèce. L'article 122 en vigueur à l'époque de l'arrêt *Quon* prévoyait une peine s'ajoutant à la peine imposée pour l'infraction principale, savoir un vol qualifié dans cette affaire-là comme en l'espèce; il prévoyait aussi que cette peine supplémentaire devait être purgée consécutivement à l'autre. Le paragraphe 83(2), qui porte sur la peine, prescrit également une peine consécutive mais il ajoute qu'elle doit être purgée consécutivement «à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits». Il y a lieu de noter que le par. 83(2) ne parle pas de la même chose ou du même délit. Il parle plutôt de faits et donc d'événements qui ne découlent pas nécessairement de la même chose ou du même délit. Je ne puis reconnaître que les dispositions pénales du par. 83(2) réalisent ce que n'a pas réalisé la définition même de l'infraction à l'al. 83(1)a).

L'argument fondé sur la peine aurait beaucoup de poids si, en réalité, l'art. 83 se limitait à des infractions comme celles visées dans l'arrêt *Langevin* et en l'espèce. Ce n'est toutefois pas le cas. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Langevin*, il s'applique à d'autres infractions auxquelles, la poursuite l'a reconnu, la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples continue de s'appliquer. Voilà donc pour ce qui est de la force de la disposition pénale et c'est probablement à cause de son manque de force dans les cas mentionnés que le juge Martin n'a pas insisté sur ce point.

En outre, il y a d'autres infractions qui peuvent comporter l'usage d'une arme à feu et qui pourraient entraîner une seconde déclaration de culpabilité fondée sur cet usage, sans soulever la règle des déclarations de culpabilité multiples; par

There would be no connection then between the principal offence and use of the firearm, as there is in robbery in which being armed with a firearm is an ingredient of the offence. Another illustration lies in the offence of breaking and entering. Here, again, if a firearm is used, there is adequate ground to charge its use as a separate offence not excluded by the rule against multiple convictions. Other illustrations lie in the definition of robbery in s. 302(a),(b) and (c) where being armed with an offensive weapon is not a required element of the offences. Again, being unlawfully in a dwelling house, contrary to s. 307(1) is an offence which may involve use of a firearm but it is not an element of the offence. Other examples abound in the *Code* but it is unnecessary to detail them all. It is enough to say that there is ample subject matter for s. 83(1)(a), ample enough to allow the co-existence of the rule in *Quon* and the rule in *Kienapple*.

For the foregoing reasons, I would hold that *Langevin* was wrongly decided and that the appeal in the present case should be allowed and the conviction under s. 83(1)(a) quashed.

The judgment of Martland, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

DICKSON J.—The appellant, Thomas William McGuigan, and two other persons, were jointly charged that on or about January 7, 1979, at the Village of Angus in the County of Simcoe, they did unlawfully attempt to steal a sum of money from Ik-Soo Kim while armed with an offensive weapon, to wit: a twelve-gauge shotgun, contrary to s. 302(d) and s. 421 of the *Criminal Code*. To that charge the three accused pleaded guilty. The same three persons were also charged that on the same date and at the same place they did use a firearm, to wit a twelve-gauge shotgun, while attempting to commit robbery, contrary to s. 83 of the *Code*. To that charge they pleaded not guilty.

exemple, l'usage d'une arme à feu en cas de viol. Il n'y aurait alors, entre l'infraction principale et l'usage de l'arme à feu, aucun lien semblable à celui qui existe dans un vol qualifié où le fait d'être muni d'une arme à feu est un élément de l'infraction. Un autre exemple est l'introduction par effraction. Là encore, l'usage d'une arme à feu justifie, en soi, une accusation d'infraction distincte que n'exclut pas la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. On trouve d'autres exemples dans les définitions de vol qualifié figurant aux al. 302a),b) et c) qui n'exigent pas, pour qu'il y ait infraction, que l'on soit muni d'une arme offensive. En outre, la présence illégale dans une maison d'habitation, contrairement au par. 307(1), est une infraction qui peut comporter l'usage d'une arme à feu mais ce n'est pas là un élément de l'infraction. Il y a de nombreux autres exemples dans le *Code*, mais il est inutile de les énumérer tous. Il suffit de dire que le champ d'application de l'al. 83(1)a) est suffisamment étendu pour permettre la coexistence de la règle de l'arrêt *Quon* et celle de l'arrêt *Kienapple*.

Pour ces motifs, je conclus que l'arrêt *Langevin* est mal fondé et qu'il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'al. 83(1)a).

Version française du jugement des juges Martland, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE DICKSON—L'appelant, Thomas William McGuigan, et deux autres personnes ont été conjointement accusés d'avoir, le 7 janvier 1979 ou vers cette date, dans le village d'Angus, comté de Simcoe, tenté de voler une somme d'argent à Ik-Soo Kim, alors qu'ils étaient munis d'une arme offensive, soit un fusil de chasse de calibre 12, contrairement à l'al. 302d) et à l'art. 421 du *Code criminel*. Les trois accusés ont reconnu leur culpabilité à cet égard. Ils ont tous trois été aussi accusés d'avoir, à la même date et au même endroit, utilisé une arme à feu, soit un fusil de calibre 12, alors qu'ils tentaient de commettre un vol qualifié, contrairement à l'art. 83 du *Code*. Ils ont nié leur culpabilité à cet égard.

Crown counsel read a statement of facts on the charge of attempted robbery, following which a conviction was entered in respect of that charge against McGuigan and his co-accused. (McGuigan was sentenced to three years in penitentiary.) The Crown then called as witnesses, in respect of the second charge, Mr. Ik-Soo Kim, his wife Sundae Tie Kim, three constables, a firearms examiner, and a Mr. Elliott who identified a twelve-gauge shotgun entered as an exhibit and testified that he had given it to one of the accused, not McGuigan.

The evidence may be sketched briefly. Mr. Kim operates a variety store in Angus. On the evening in question, he and his wife and baby were in the store when he heard a noise to the rear of the store. Investigating, he saw a car with two occupants. He enquired of the driver what he was doing there and received no response. The car drove away but Mr. Kim recorded the number of the license plate on a piece of cardboard. About ten minutes later two men wearing stocking masks entered the store, one armed with a shotgun, and demanded money. Mr. Kim grabbed the gun and took it from the intruder. The gun discharged, pellets striking the ceiling. Mr. Kim struck one of the men with the gun and chased both men outside to a waiting car. He hit the front windshield of the car with the gun, damaging both windshield and gun. The car left and Mr. Kim called the police who arrived at 10:06 p.m. Twenty-five minutes later a constable in a patrol car saw a vehicle of the description and bearing the license number noted by Mr. Kim. The three accused were arrested shortly thereafter. Mr. McGuigan was the driver of the car. The right front of the windshield was broken. In the vehicle the police found a box containing nine shotgun shells. A nylon stocking was located on the floor behind the passenger side.

Provincial Court Judge Anjo acquitted all three on the charge of using a firearm while committing an indictable offence. He held that an essential

Le substitut du procureur général a lu un exposé des faits relatifs à l'accusation de tentative de vol qualifié, après quoi McGuigan et ses coaccusés ont été déclarés coupables de cette infraction. (McGuigan a été condamné à trois ans de pénitencier). La poursuite a alors appelé comme témoins, concernant le second chef d'accusation, M. Ik-Soo Kim, son épouse Sundae Tie Kim, trois agents de police, un expert en armes à feu et un dénommé Elliott qui a reconnu le fusil de calibre 12 produit comme pièce à conviction et témoigné l'avoir donné à l'un des accusés autre que McGuigan.

On peut exposer brièvement la preuve. M. Kim exploite un bazar à Angus. Pendant la soirée en question, il se trouvait dans le magasin, avec son épouse et le bébé, lorsqu'il entendit un bruit à l'arrière du magasin. En allant vérifier, il a aperçu une voiture occupée par deux personnes. Il a demandé au conducteur ce qu'il faisait là, mais on ne lui a pas répondu. La voiture s'est éloignée, mais M. Kim a relevé sur un morceau de carton le numéro de la plaque d'immatriculation. Environ dix minutes plus tard, deux hommes ayant le visage recouvert d'un bas sont entrés dans le magasin, l'un d'eux armé d'un fusil de chasse, et ont demandé la caisse. M. Kim a saisi le fusil et l'a arraché des mains de l'intrus. Le coup est parti, les plombs ont atteint le plafond. M. Kim a frappé l'un des hommes avec le fusil et les a tous deux pourchassés à l'extérieur jusqu'à une voiture qui les attendait. Il a frappé dans le pare-brise de la voiture avec le fusil, endommageant à la fois le pare-brise et le fusil. La voiture a quitté les lieux et M. Kim a appelé les policiers qui sont arrivés à 22 h 06. Vingt-cinq minutes plus tard, un policier en patrouille a repéré un véhicule dont la description et le numéro des plaques correspondaient à ceux signalés par M. Kim. Les trois accusés ont été appréhendés peu après. M. McGuigan conduisait la voiture. Le côté droit du pare-brise était endommagé. La police a trouvé dans le véhicule une boîte contenant neuf cartouches de fusil. On a retrouvé un bas de nylon au fond de la voiture, derrière le siège du passager.

Le juge Anjo de la Cour provinciale a acquitté les trois hommes du chef d'accusation d'avoir utilisé une arme à feu lors de la perpétration d'un

element of the attempted robbery charge to which they had pleaded guilty, namely, the twelve-gauge shotgun, was an essential element of the second count under s. 83 and therefore the principle of *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729 against multiple convictions arising out of the same delict applied. The Ontario Court of Appeal (1979), 50 C.C.C. (2d) 306 reversed on an appeal by the Crown from the acquittal.

The appellant takes three points on this appeal.

First, he says that the Court of Appeal erred in holding that he was a party to the offence charged. The error alleged arises from the following paragraph in the reasons for judgment of the Appellate Court (at p. 310):

Not only do we think it was open to the trial Judge to draw a conclusion that each of the accused had entered into a common purpose to rob and that each knew or ought to have known that the use of the gun was a probable consequence of carrying out the robbery, but we think it was not open to him on the facts proved or admitted to come to any other conclusion. [Emphasis added.]

It is submitted that the phrase "facts proved or admitted" indicate that the Court relied upon the admissions of fact made pursuant to the plea of guilty to the charge of attempted armed robbery. It is argued that, apart from those admissions, the evidence against the appellant consisted merely of the fact that he was driving a vehicle some twenty to forty miles away from the scene of the offence, some one-half hour after the offence and this vehicle had passengers who were connected to the offence of attempted armed robbery.

I do not know what the Court of Appeal intended by the reference to facts admitted. I agree with counsel for the appellant that in the absence of consent (and there was none) it was not open to the trial judge to look to the admitted facts on the guilty plea under count one in determining that the appellant was a party to the weapons offence

acte criminel. Il a conclu qu'un élément essentiel de l'accusation de tentative de vol qualifié à laquelle ils avaient plaidé coupable, savoir le fusil de calibre 12, est un élément essentiel du second chef d'accusation porté en vertu de l'art. 83 et qu'en conséquence, il y a lieu d'appliquer le principe de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, qui interdit les déclarations de culpabilité multiples concernant un seul et même délit. La Cour d'appel de l'Ontario, à (1979), 50 C.C.C. (2d) 306, a infirmé le jugement à la suite d'un appel de l'acquittal interjeté par le ministère public.

L'appelant invoque trois moyens dans le présent pourvoi.

D'abord, il affirme que la Cour d'appel a commis une erreur en décidant qu'il était partie à l'infraction reprochée. L'erreur émanerait du passage suivant des motifs de l'arrêt de la Cour d'appel (à la p. 310):

[TRADUCTION] Non seulement croyons-nous qu'il était loisible au juge du procès de conclure que chacun des accusés avait formé le projet commun de commettre un vol qualifié et que chacun savait ou devait savoir que l'utilisation du fusil était une conséquence probable de la perpétration du vol qualifié, mais encore nous croyons qu'il ne lui était pas possible, compte tenu des faits prouvés ou admis, d'en arriver à une autre conclusion. [C'est moi qui souligne.]

On soutient qu'il ressort de l'expression les «faits prouvés ou admis» que la Cour s'est fondée sur les faits admis à l'occasion du plaidoyer de culpabilité relatif à l'accusation de tentative de vol à main armée. On fait valoir que, ces aveux mis à part, la preuve contre l'appelant se limite simplement au fait que celui-ci conduisait un véhicule à quelque vingt à quarante milles du lieu de l'infraction, environ une demi-heure après l'infraction et que ce véhicule transportait des passagers reliés à l'infraction de tentative de vol à main armée.

Je ne sais pas quelle était l'intention de la Cour d'appel en se référant aux faits admis. Je partage l'opinion de l'avocat de l'appelant, selon laquelle en l'absence de consentement (et il n'y en a pas eu), il n'était pas loisible au juge du procès de tenir compte des faits admis à l'occasion du plaidoyer de culpabilité relatif au premier chef pour décider que

under count two. A careful reading of the transcript makes it clear, however, that that was not what the trial judge did. When the time came for Crown counsel to read the statement of facts, the following exchange took place. Mr. Hermiston was counsel for Mr. McGuigan.

CROWN: The only problems [*sic*] that I can foresee Your Honour, as My Friend says, that would be the argument on Section eighty-three is a legal argument, rather than an argument on the factual situation. But I—if I read the facts in, there's certain aspects of that fact that are not acceptable to the Accused, then we're in a position that I—  
I may prejudice the not guilty plea.

BY THE COURT: I think if you just read in sufficient facts to substantiate the plea of guilty?

CROWN: They're both intertwined. I'm in agreement to read in the facts. There's no problems [*sic*] there, but as long as My Friends feel that it's not going to prejudice their defense . . .

BY THE COURT: Well I'm not going to take those facts into consideration on a plea of not guilty. I mean they haven't admitted anything on a plea of not guilty, except that they're here.

MR. HERMISTON: I don't think there's too much problem. We substantially agree to certain facts on the guilty plea, and if there's certain facts that we don't agree to, but nevertheless admit our guilt. There's no problem, I don't think.

BY THE COURT: All right. Read—I'd like to hear the facts on the plea.

CROWN: Your Honour, the facts on the plea to the robbery, or attempted robbery, indicates that . . .

At the conclusion of the reading of the statement, the Court asked the accused to stand up and then continued:

On the basis of the information provided by the Crown Attorney, and to the extent to which that is acknowledged by the Pros-*[sic]* by the Defense Counsel, there will be a conviction of each of you on this charge.

CROWN: Can we deal with the next trial matter?

l'appelant a été partie à l'infraction d'usage d'une arme imputée au second chef. La lecture attentive de la transcription des témoignages démontre clairement cependant que ce n'est pas ce qu'a fait le juge du procès. Au moment où le substitut du procureur général se préparait à lire l'exposé des faits, il y a eu la conversation suivante. M<sup>e</sup> Hermiston était l'avocat de M. McGuigan.

[TRADUCTION] LE SUBSTITUT: Le seul problème que je puis entrevoir, Votre Honneur, est, comme le souligne mon collègue, que l'argumentation au sujet de l'art. 83 est une argumentation d'ordre juridique plutôt qu'une argumentation factuelle. Mais moi-même, si je lis l'exposé des faits, il y a certains aspects de ces faits qui ne sont pas acceptables pour l'accusé, alors nous sommes dans la situation où je suis susceptible de nuire au plaider de non-culpabilité.

LA COUR: Ne pourriez-vous pas vous en tenir à la lecture des faits qui suffisent à établir le plaider de culpabilité?

LE SUBSTITUT: Les deux sont entremêlés. Je consens à lire l'exposé des faits. Il n'y a aucun problème, mais pour autant que mes collègues ne croient pas que cela va nuire à leur défense . . .

LA COUR: Bien, je ne vais pas considérer ces faits en fonction d'un plaider de non-culpabilité. Je veux dire qu'ils n'ont rien admis relativement à un plaider de non-culpabilité, sauf qu'ils sont ici.

M<sup>e</sup> HERMISTON: Je ne crois pas qu'il y ait vraiment un problème. Nous nous accordons pour l'essentiel sur certains faits relatifs au plaider de culpabilité et même si nous n'acceptons pas certains faits, nous reconnaissons quand même notre culpabilité. A mon avis, il n'y a aucun problème.

LA COUR: Très bien. Lisez. J'aimerais entendre les faits relatifs au plaider.

LE SUBSTITUT: Votre Honneur, il ressort des faits relatifs au plaider concernant le vol qualifié ou la tentative de vol qualifié que . . .

A la fin de la lecture de l'exposé, la Cour a demandé aux accusés de se lever et a poursuivi:

[TRADUCTION] Compte tenu des renseignements fournis par le substitut du procureur général et dans la mesure où les avocats de la défense les reconnaissent, chacun de vous sera déclaré coupable relativement à ce chef d'accusation.

LE SUBSTITUT: Pouvons-nous passer à la question suivante?

BY THE COURT: Yes.

CROWN: All right. I'll call Mr. Kim to the Witness Box.

Then followed the oral testimony of the seven witnesses, the evidence of whom I have earlier summarized. Apart from the statement of facts, there was thus a considerable body of evidence, including the finding of a nylon mask, shotgun shells and a broken windshield, which was available against the appellant on the second charge. The appellant did not testify.

During argument in this Court, counsel for the appellant stated he did not wish a new trial for his client; he was asking for an acquittal or nothing. It was pointed out to him that in the circumstances of the case there was some evidence against his client. The Court was not faced with a situation of "no evidence", therefore no question of law was raised which might engage the jurisdiction of the Court. Crown counsel was advised that he did not have to respond to the argument on the first ground of appeal.

The second ground of appeal was phrased in this manner: Did the Court of Appeal for Ontario err in law in holding that the application of s. 83 of the *Criminal Code* of Canada is not limited to cases in which the person charged with using a firearm during the commission or attempted commission of an indictable offence, himself uses the firearm while he is himself committing or attempting to commit the indictable offence?

It is contended that only the person who actually uses a firearm falls within s. 83 of the *Code* and that s. 21 cannot therefore be invoked on a charge under s. 83. Section 21 of the *Criminal Code* reads:

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

LA COUR: Oui.

LE SUBSTITUT: Très bien. J'appelle M. Kim à la barre.

Sept personnes, dont j'ai déjà résumé les témoignages, ont ensuite déposé. Outre l'exposé des faits, il y avait ainsi une accumulation considérable de preuves, dont la découverte d'un masque de nylon, des cartouches de fusil et du pare-brise endommagé, qui pouvaient être invoquées contre l'appellant relativement au second chef d'accusation. L'appellant n'a pas témoigné.

Pendant la plaidoirie en cette Cour, l'avocat de l'appellant a mentionné qu'il ne demandait pas un nouveau procès pour son client; il demandait l'acquiescement ou rien du tout. On lui a fait remarquer qu'il y avait, en l'espèce, des éléments de preuve contre son client. La Cour n'était pas en présence d'un cas «d'absence de preuve», il n'y avait donc aucune question de droit qui puisse mettre en cause la compétence de la Cour. L'avocat de la poursuite a été informé qu'il n'avait pas à répondre à l'argumentation relative au premier moyen d'appel.

Le deuxième moyen d'appel est ainsi formulé: La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que l'application de l'art. 83 du *Code criminel* du Canada ne se limite pas aux cas où la personne accusée d'avoir utilisé une arme à feu pendant la perpétration ou la tentative de perpétration d'un acte criminel utilise elle-même l'arme à feu en perpétrant ou en tentant de perpétrer l'acte criminel?

On soutient que l'art. 83 ne s'applique qu'à la personne qui a réellement utilisé une arme à feu et qu'on ne peut donc pas invoquer l'art. 21 lorsqu'une accusation est portée en vertu de l'art. 83. L'article 21 du *Code criminel* se lit comme suit:

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 entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui



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 Court of Appeal, speaking through Mr. Justice Martin, rejected this contention when the point was argued in that Court. The Court could not find any Parliamentary intention to exclude the application of s. 21 of the *Code* to a charge under s. 83 and held that both ss. 21(1) and (2) are applicable to a charge under s. 83, if warranted by the evidence. The reasoning of this Court in *Zanini v. The Queen*, [1967] S.C.R. 715 was relied upon. The Court of Appeal concluded (at p. 310):

We are all of the view that it was open to the trial Judge to conclude that these accused entered into a common purpose to commit the offence of armed robbery and that each of them knew or ought to have known that the use of a firearm was a probable consequence of the carrying out of that unlawful purpose. This was not a case where the firearm in question was a small hand-gun capable of being concealed upon the person of one of the accused in circumstances where the others might not know that he was in possession of a gun. Here, the firearm was a shot-gun belonging to one of the accused, carried by another accused and transported in a car driven by the third accused and in which shot-gun shells were found. Not only do we think it was open to the trial Judge to draw a conclusion that each of the accused had entered into a common purpose to rob and that each knew or ought to have known that the use of the gun was a probable consequence of carrying out the robbery, but we think it was not open to him on the facts proved or admitted to come to any other conclusion.

With respect, I agree. The second ground of appeal cannot be sustained.

I turn then to the final, and weightiest, ground on which this appeal is brought, namely, that the rule against multiple convictions enunciated in *Kienapple v. The Queen, supra*, was a bar to a conviction for the offence under s. 83, because the shotgun mentioned in the attempted robbery charge is the same shotgun as is referred to in the firearms charge under s. 83 of the *Code*. The ground of appeal is stated thus in the appellant's factum: "The Court of Appeal for Ontario erred in law in holding that the learned Provincial Court

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.

<sup>a</sup> Le juge Martin, au nom de la Cour d'appel, a rejeté cet argument lorsqu'on le lui a soumis. La Cour n'a pu déceler chez le législateur aucune intention de soustraire à l'application de l'art. 21 du *Code* une accusation portée en vertu de l'art. 83 et elle a conclu que les par. 21(1) et (2) sont applicables à une telle accusation, si la preuve le justifie. On a suivi le raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Zanini c. La Reine*, [1967] R.C.S. 715. La Cour d'appel a ainsi conclu (à la p. 310):

[TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis qu'il était loisible au juge du procès de conclure que ces accusés avaient formé ensemble le projet de commettre un vol à main armée et que chacun d'eux savait ou devait savoir que l'utilisation d'une arme à feu était une conséquence probable de la réalisation de ce projet illégal. Il ne s'agit pas d'une affaire où l'arme en cause est un pistolet qu'un des accusés aurait pu cacher sur lui à l'insu des autres. Ici l'arme à feu est un fusil de chasse appartenant à l'un des accusés, transporté par un autre accusé dans une voiture conduite par le troisième accusé, dans laquelle on a découvert des cartouches de fusil de chasse. Non seulement croyons-nous qu'il était loisible au juge du procès de conclure que chacun des accusés avait formé le projet commun de commettre un vol qualifié et que chacun savait ou devait savoir que l'utilisation du fusil était une conséquence probable de la perpétration du vol, mais encore nous croyons qu'il ne lui était pas possible, compte tenu des faits prouvés ou admis, d'en arriver à une autre conclusion.

<sup>h</sup> Avec égards, je suis du même avis. Le deuxième moyen d'appel n'est pas soutenable.

<sup>i</sup> Je passe maintenant au dernier moyen, le plus important, invoqué dans le présent pourvoi, savoir que la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples énoncée dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, précité, exclut une déclaration de culpabilité relative à l'infraction prévue à l'art. 83, parce que le fusil mentionné dans l'accusation de tentative de vol qualifié est le même que celui dont il est question dans l'accusation d'usage d'une arme à feu, portée en vertu de l'art. 83 du *Code*. Le moyen d'appel est énoncé comme suit dans le mémoire de

Judge erred in holding that the Appellant may not be convicted of the weapons offence and of attempted armed robbery, where both offences arise out of the use of a single firearm during a single transaction.”

It will be recalled that Provincial Court Judge Anjo gave effect to this submission in acquitting Mr. McGuigan of the firearms charge. Since the judgment of Provincial Court Judge Anjo, rendered February 27, 1979, four courts of appeal have reached the opposite conclusion. They have held that the *Kienapple* principle has no application: the Ontario Court of Appeal in *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138 (rendered April 18, 1979, Martin, Houlden and Zuber J.J.A.) and in the present case (1979), 50 C.C.C. (2d) 306 (rendered October 3, 1979, MacKinnon A.C.J.O., Martin and Morden J.J.A.); the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Matheson* (1979), 50 C.C.C. (2d) 92 (rendered September 4, 1979, Freedman C.J.M., Monnin and Hall J.J.A.) and in *R. v. Nicholson*, [1980] 5 W.W.R. 115 (rendered March 25, 1980, Freedman C.J.M., Monnin and Matas J.J.A.); the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in *R. v. Eby* (1979), 49 C.C.C. (2d) 27 (rendered July 5, 1979, Hart, Jones and Macdonald J.J.A.); the Quebec Court of Appeal in *R. v. Pineault*; *R. v. Bérubé* (1979), 12 C.R. (3d) 129 (rendered October 29, 1979, Mayrand, Nolan J.J.A. and Roberge J. (*ad hoc*)).

At the heart of this appeal is this Court's decision in *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508 in respect of then s. 122 of the *Code* and the question as to whether *Quon* continues to govern, notwithstanding the material differences in wording between the former s. 122 and the present s. 83. Those differences can perhaps best be studied if the two sections are placed side by side. Former s. 122 and present s. 83 read as follows:

l'appelant: [TRADUCTION] «La Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur de droit en déclarant erronée la conclusion du savant juge de la Cour provinciale que l'appelant ne peut être déclaré coupable de l'infraction d'usage d'une arme à feu et de tentative de vol qualifié, si les deux infractions découlent de l'utilisation d'une seule et même arme à feu au cours d'une seule affaire.»

Il faut se rappeler que le juge Anjo de la Cour provinciale a souscrit à cette thèse en déclarant M. McGuigan non coupable relativement à l'accusation d'usage d'une arme à feu. Depuis la décision du juge Anjo de la Cour provinciale, rendue le 27 février 1979, quatre cours d'appel se sont prononcées dans le sens contraire. Elles ont jugé que le principe de l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas: la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138 (rendu le 18 avril 1979, les juges Martin, Houlden et Zuber) et dans le présent arrêt (1979), 50 C.C.C. (2d) 306 (rendu le 3 octobre 1979, le juge en chef adjoint MacKinnon et les juges Martin et Morden); la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R. v. Matheson* (1979), 50 C.C.C. (2d) 92 (rendu le 4 septembre 1979, le juge en chef Freedman et les juges Monnin et Hall) et dans l'arrêt *R. v. Nicholson*, [1980] 5 W.W.R. 115 (rendu le 25 mars 1980, le juge en chef Freedman et les juges Monnin et Matas); la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *R. v. Eby* (1979), 49 C.C.C. (2d) 27 (rendu le 5 juillet 1979, les juges Hart, Jones et Macdonald); la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. v. Pineault*; *R. v. Bérubé* (1979), 12 C.R. (3d) 129 (rendu le 29 octobre 1979, les juges Mayrand, Nolan et le juge Roberge (*ad hoc*)).

Au coeur du présent pourvoi, il y a l'arrêt de cette Cour *R. c. Quon*, [1948] R.C.S. 508, relativement à l'art. 122 du *Code* alors en vigueur et la question de savoir si l'arrêt *Quon* continue de s'appliquer, malgré les différences importantes de formulation entre l'ancien art. 122 et l'art. 83 actuel. Ces différences peuvent sans doute mieux s'analyser si on place les deux articles en regard. L'ancien art. 122 et l'art. 83 actuel se lisent comme suit:

122. (1) Everyone who has upon his person a rifle, shotgun, pistol, revolver or any firearm capable of being concealed upon the person while committing any criminal offence is guilty of an offence against this section and liable to imprisonment for a term not less than two years in addition to any penalty to which he may be sentenced for the first mentioned offence, and an offence against this section shall be punishable either on indictment or summary conviction in the same manner as the first mentioned offence.

(2) Such imprisonment shall be served after undergoing any term of imprisonment to which such person may be sentenced for the first mentioned offence.

83. (1) Every one who uses a firearm

(a) while committing or attempting to commit an indictable offence, or

(b) during his flight after committing or attempting to commit an indictable offence,

whether or not he causes or means to cause bodily harm to any person as a result thereof, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment

(c) in the case of a first offence under this subsection, except as provided in paragraph (d), for not more than fourteen years and not less than one year; and

(d) in the case of a second or subsequent offence under this subsection, or in the case of a first such offence committed by a person who, prior to the coming into force of this subsection, was convicted of an indictable offence or an attempt to commit an indictable offence, in the course of which or during his flight after the commission or attempted commission of which he used a firearm, for not more than fourteen years and not less than three years.

(2) A sentence imposed on a person for an offence under subsection (1) shall be served consecutively to any other punishment imposed on him for an offence arising out of the same event or series of events and to any other sentence to which he is subject at the time the sentence is imposed on him for an offence under subsection (1).

122. (1) Quiconque a sur soi une carabine, un fusil de chasse, un pistolet, un revolver ou quelque arme à feu qui peut être dissimulée sur la personne pendant qu'il commet un acte criminel est coupable d'une infraction au présent article et passible d'emprisonnement pendant au moins deux ans en sus de toute peine à laquelle il peut être condamné pour l'infraction en premier lieu mentionnée; et une infraction au présent article est punissable, soit sur mise en accusation, soit sur déclaration sommaire de culpabilité, de la même manière que pour l'infraction en premier lieu mentionnée.

(2) Cet emprisonnement est purgé après l'accomplissement de toute période d'incarcération à laquelle cette personne peut être condamnée pour l'infraction en premier lieu mentionnée.

83. (1) Quiconque utilise une arme à feu

a) lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel, ou

b) lors de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre un acte criminel,

qu'il cause ou non des lésions corporelles en conséquence ou qu'il ait ou non l'intention d'en causer, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement

c) d'au plus quatorze ans et d'au moins un an, dans le cas d'une première infraction au présent paragraphe, sauf dans les cas où l'alinéa d) s'applique; et

d) d'au plus quatorze ans et d'au moins trois ans, dans le cas d'une infraction au présent paragraphe subséquente à une première infraction ou dans le cas d'une première infraction au présent paragraphe commise par une personne qui, avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, avait déjà été trouvée coupable d'avoir commis un acte criminel, ou d'avoir tenté de le commettre, en employant une arme à feu lors de cette perpétration ou tentative de perpétration ou lors de sa fuite après la perpétration ou tentative de perpétration.

(2) La sentence imposée à une personne pour une infraction prévue au paragraphe (1) doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits et à toute autre sentence qu'elle purge à ce moment-là.

The differences between the two sections are apparent and material. The robbery section in

Les différences entre les deux articles sont manifestes et importantes. L'article relatif au vol quali-

force at the time *Quon* was decided and the present section read:

446. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life and to be whipped who

(c) being armed with an offensive weapon or instrument robs, or assaults with intent to rob, any person.

302. Every one commits robbery who

(d) steals from any person while armed with an offensive weapon or imitation thereof.

Again there are differences in the two sections. The present definition of "firearm" in s. 82(1) is narrow in that, for example, it excludes a firearm which cannot be fired. It reads:

"firearm" means any barrelled weapon from which any shot, bullet or other missile can be discharged and that is capable of causing serious bodily injury or death to a person, and includes any frame or receiver of such a barrelled weapon and anything that can be adapted for use as a firearm;

In *Quon* the accused had entered a restaurant armed with a revolver and robbed the proprietor of \$75. He pleaded guilty to an offence contrary to s. 446(c) of the *Code*, was found guilty of having on his person a revolver, contrary to s. 122 of the *Code*, and was sentenced to a term of two years on each count. The Appellate Court for Ontario quashed the conviction under the second count on the basis that the words "any criminal offence" in s. 122 "do not include any criminal offence an essential element of which is the possession upon the person of the pistol, revolver or any firearm capable of being concealed upon the person" (*R. v. Quon*, [1947] O.R. 856, at p. 859 *per* Roach J.A.). A Crown appeal to this Court was dismissed. Justices Estey, Taschereau and Kellock each wrote. Chief Justice Rinfret agreed with Mr. Justice Estey. Mr. Justice Kerwin dissented. If I understand the reasoning of the majority correctly, it proceeded on two main lines. First, the words "any criminal offence" in s. 122 must be given a narrow meaning, otherwise a person could be charged under then s. 118 with the criminal offence of having a pistol upon his person elsewhere than in his dwelling house without a permit,

fié en vigueur à l'époque de l'arrêt *Quon* et l'article actuel se lisent comme suit:

446. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, et de la peine du fouet, celui qui

(c) Etant muni d'une arme ou d'un instrument offensif, vole ou attaque quelqu'un dans l'intention de le voler.

302. Commet un vol qualifié, quiconque

(d) vole une personne alors qu'il est muni d'une arme offensive ou d'une imitation d'une telle arme.

Encore là, il y a des différences entre les deux articles. La définition actuelle d'une «arme à feu» au par. 82(1) est restrictive en ce sens que, par exemple, elle ne vise pas les armes à feu qui ne peuvent être déchargées. Cette définition est la suivante:

«arme à feu» désigne toute arme, y compris une carcasse ou chambre d'une telle arme ainsi que toute chose pouvant être adapté pour être utilisé comme tel, susceptible, grâce à un canon qui permet de tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile, d'infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne;

Dans l'affaire *Quon*, l'accusé est entré dans un restaurant armé d'un revolver et il a dépouillé le propriétaire de \$75. Il s'est reconnu coupable d'une infraction à l'al. 446c) du *Code*, il a été déclaré coupable d'avoir eu sur lui un revolver, contrairement à l'art. 122 du *Code* et il a été condamné à purger deux ans d'emprisonnement relativement à chaque chef. La Cour d'appel de l'Ontario a annulé la déclaration de culpabilité relative au second chef pour le motif que les mots «un acte criminel» à l'art. 122 [TRADUCTION] «ne comprennent pas un acte criminel dont un élément essentiel est la possession sur soi d'un pistolet, d'un revolver ou de quelque arme à feu qui peut être dissimulée sur la personne» (*R. v. Quon*, [1947] O.R. 856, à la p. 859, le juge Roach). Cette Cour a rejeté le pourvoi du ministère public. Les juges Estey, Taschereau et Kellock ont rédigé des motifs. Le juge en chef Rinfret a souscrit aux motifs du juge Estey. Il y a eu dissidence de la part du juge Kerwin. Si je comprends bien le raisonnement de la majorité, il repose sur deux prémisses principales. D'abord, les mots «un acte criminel» à l'art. 122 doivent être interprétés de manière restrictive, sinon une personne pourrait être accusée,

and also be charged under s. 122 with having a pistol while committing a criminal offence. Or, a person might be charged with possession of an offensive weapon for a purpose dangerous to the public peace contrary to then s. 115 and be liable also to conviction for the additional offence created by s. 122. Section 457(2) provided that anyone convicted of breaking and entering a dwelling house by night with intent who had upon his person any offensive weapon when he committed the offence would be liable to be whipped, in addition to the imprisonment otherwise prescribed. Would he also be liable to conviction under s. 122? Other sections were referred to, such as then ss. 116, 117, 123, 124 and 446(c) as giving rise to "absurdities, inconsistencies or repugnancies" if "any criminal offence" in s. 122 meant "any criminal offence". The second consideration which seems to have impelled a majority of this Court to limit s. 122 lay in the fact that the *Code* had already provided maximum punishment of life imprisonment for those particularly serious offences such as attempted murder, wounding with intent and robbery, in which weapons are an element of the offence in the manner described in s. 122. A further consideration voiced by one of the judges was the view that a person should not be punished for a robbery of \$75 when armed with a revolver and then receive an additional punishment because he has on his person the same revolver which was an element of the first criminal offence.

In *R. v. Langevin, supra*, followed in the present case, the Ontario Court of Appeal distinguished *Quon*. In *Langevin* the accused had been convicted of robbery and the single question presented on a Crown appeal was whether a person who has been convicted of theft while armed with an offensive weapon, to wit, a rifle, may be convicted of an additional offence under s. 83(1)(a) of the *Code* of

en vertu de l'art. 118, d'avoir commis un acte criminel en portant sur elle, sans permis, un pistolet ailleurs que dans sa demeure et elle pourrait aussi être accusée, en vertu de l'art. 122, de possession d'un pistolet pendant la perpétration d'un acte criminel. D'autre part, une personne pourrait être accusée de possession d'une arme offensive pour des objets de nature à compromettre la paix publique contrairement à l'art. 115 et aussi être passible d'une déclaration de culpabilité relativement à l'autre acte criminel créé par l'art. 122. Le paragraphe 457(2) prévoyait que la personne qui est reconnue coupable d'introduction par effraction dans une maison d'habitation la nuit dans l'intention d'y commettre un acte criminel et qui a sur elle une arme offensive pendant la perpétration de l'infraction est passible de la peine du fouet, en sus de l'emprisonnement prescrit. Serait-elle également passible d'une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 122? On a aussi mentionné d'autres articles, comme les art. 116, 117, 123, 124 et l'al. 446c) alors en vigueur, en disant qu'il en résulterait [TRADUCTION] «des absurdités, des incongruités et des incompatibilités» si l'expression «un acte criminel» à l'art. 122 signifiait «tout acte criminel». Le second facteur qui semble avoir incité cette Cour, à la majorité, à restreindre la portée de l'art. 122 tient au fait que le *Code* avait déjà prévu la peine maximum de l'emprisonnement à perpétuité pour des infractions particulièrement graves comme la tentative de meurtre, les blessures intentionnelles et le vol qualifié, où les armes constituent un élément de l'infraction tel que prévu à l'art. 122. Un autre facteur décrit par l'un des juges porte qu'on ne devrait pas punir une personne pour avoir commis un vol de \$75 alors qu'elle était armée d'un revolver et lui infliger ensuite une peine additionnelle parce qu'elle avait sur elle ce même revolver qui constitue un élément de la première infraction.

Dans l'arrêt *R. v. Langevin*, précité, et appliqué en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a établi des distinctions avec l'arrêt *Quon*. Dans l'affaire *Langevin*, l'accusé avait été déclaré coupable de vol qualifié et l'unique question soumise lors de l'appel du ministère public était celle de savoir si une personne déclarée coupable de vol commis alors qu'elle était munie d'une arme offensive,

using the same firearm while committing the indictable offence of robbery. Mr. Justice Martin, delivering the judgment of the Court, answered the question in the affirmative. I should like to quote two passages from the judgment (at p. 145):

Notwithstanding that in most cases of "armed robbery" the offender will have used the weapon, none the less, s. 83(1), by making the *use of a firearm an essential element of the offence* created by the subsection, unlike s. 122 which required only that the offender have a firearm on his person, imports a further element in addition to those which suffice to constitute theft while armed with a firearm.

The introduction of the requirement of the use of the firearm while committing or attempting to commit an indictable offence also removes some of the absurdities referred to in *R. v. Quon, supra*, and to which a literal interpretation of s. 122 led, when applied to offences involving *possession* of a firearm.

and later (at p. 146):

It is clear to me that Parliament intended by s. 83 to repress the use of firearms in the commission of crimes by making such use an offence in its own right, and one which attracts a minimum sentence of one year consecutive to that imposed for the offence which such use accompanies. The use of firearms in the commission of crimes is fraught with danger and gravely disturbing to the community, and Parliament has sought to protect the public from the danger and alarm caused by that use by enacting the present legislation. It is not for the Courts to pass upon either the wisdom or the necessity for the legislation, but to give effect to the clear intention of Parliament expressed in language which reflects that intention.

Manifestly, the legislation is directed at those crimes in which firearms are likely to be used, such as robbery, and not offences where they are not likely to be used, for example, forgery. To construe the section as not applicable to the use of a firearm during the commission of the offence of theft while armed with a firearm would largely defeat the clear intention of Parliament.

I do not find persuasive as a reason for excluding robbery while armed with a firearm from the application of s. 83 the fact that robbery itself is punishable by life imprisonment under the *Code*. Section 83 clearly would

savoir une carabine, peut être reconnue coupable d'une autre infraction en vertu de l'al. 83(1)a) du *Code* relativement à l'usage de cette même arme lors de la perpétration de l'acte criminel que constitue le vol qualifié. Le juge Martin, qui a rendu les motifs de la Cour, répond par l'affirmative. Je cite deux passages de l'arrêt (à la p. 145):

[TRADUCTION] Même si dans toutes les affaires de «vol à main armée», le contrevenant utilise l'arme, il reste qu'en faisant de *l'usage d'une arme à feu un élément essentiel de l'infraction* qu'il crée, le par. 83(1), à la différence de l'art. 122 qui exigeait seulement que le contrevenant ait l'arme à feu sur lui, ajoute un élément supplémentaire à ceux qui suffisent à constituer un vol alors qu'on est muni d'une arme à feu.

L'exigence de l'usage d'une arme à feu lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel permet d'éliminer certaines des absurdités dont il est fait mention dans l'arrêt *R. c. Quon*, précité, et qui résultaient d'une interprétation littérale de l'art. 122 dans le cas des infractions comportant la *possession* d'une arme à feu.

et plus loin (à la p. 146):

[TRADUCTION] Il m'apparaît évident que le législateur a voulu, par l'art. 83, réprimer l'usage d'armes à feu lors de la perpétration d'actes criminels en faisant de cet usage une infraction distincte assortie d'une sentence minimale d'un an d'emprisonnement qui doit être purgée consécutivement à celle imposée relativement à l'infraction concomitante. L'usage d'armes à feu lors de la perpétration d'actes criminels comporte de grands dangers et trouble profondément la société; aussi le législateur a-t-il cherché à protéger le public des dangers et de l'angoisse qui en découlent en adoptant la présente disposition. Il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer sur la sagesse ou la nécessité de la disposition, mais ils doivent donner suite à l'intention claire du législateur exprimée en des termes qui la reflètent.

Manifestement, la disposition vise les crimes, comme le vol qualifié, où des armes à feu sont susceptibles d'être utilisées, et non les infractions où leur usage est peu probable, comme par exemple, le faux. Ce serait sérieusement aller à l'encontre de l'intention manifeste du législateur que d'interpréter l'article comme inapplicable à l'usage d'une arme à feu pendant la perpétration d'un vol alors qu'on est muni d'une arme à feu.

A mon avis, le fait que le vol qualifié lui-même soit punissable de l'emprisonnement à perpétuité en vertu du *Code* ne constitue pas un motif convaincant d'exclure de l'application de l'art. 83 le vol qualifié alors qu'on est

properly be invoked where a firearm is used in the commission of rape or breaking and entering a dwelling-house with intent to commit an indictable offence therein, both of which offences are punishable by life imprisonment.

In *R. v. Matheson* the Manitoba Court of Appeal, several months after the decision in *Langevin*, was called upon to face the question faced by the Ontario Court of Appeal in *Langevin*. Mr. Justice Monnin speaking for himself and Freedman C.J.M. (Hall J.A. differing on another point), and without mentioning either *Quon* or *Langevin*, said, in reference to s. 83 (at p. 101):

This is a recent offence created specifically by Parliament to deter the use of firearms while committing other offences. Parliament has recently and deliberately provided additional and consecutive terms of imprisonment for such offences. Counsel for the accused argued that Dubiensi, Prov.J., erred in imposing multiple convictions for the same delict and sought to find assistance in *Kienapple v. The Queen* (1974), 15 C.C.C. (2d) 524, 44 D.L.R. (3d) 351, 26 C.R.N.S. 1.

He then read s. 83 and continued:

Parliament in its wisdom has created a new offence and provided in unambiguous language that the sentence in such new offence is to be served consecutively. It has further provided that in the case of second and subsequent such offences, the minimum consecutive term of imprisonment should not be less than three years. This is intentional and the language is unambiguous. If this constitutes punishment for the same delict, it is a punishment which Parliament has decided upon. The section must be enforced as written.

The *Matheson* case was appealed to this Court. Judgment was delivered on June 22, 1981<sup>1</sup> and the appeal allowed, but on another ground. The judgment makes no reference whatever to the point presently under discussion.

<sup>1</sup> Now published at [1981] 2 S.C.R. 214.

muni d'une arme à feu. On aurait manifestement raison de faire appel à l'art. 83 relativement à l'usage d'une arme à feu lors de l'accomplissement d'un viol ou à l'introduction par effraction dans une maison d'habitation avec l'intention d'y commettre un acte criminel, ces deux infractions étant punissables de l'emprisonnement à perpétuité.

Dans l'arrêt *R. v. Matheson*, la Cour d'appel du Manitoba, plusieurs mois après l'arrêt *Langevin*, a été saisie de la question soumise à l'examen de la Cour d'appel de l'Ontario dans ce dernier arrêt. M. le juge Monnin, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge en chef Freedman (le juge Hall étant dissident sur un autre point), déclare, sans mentionner les arrêts *Quon* et *Langevin*, à propos de l'art. 83 (à la p. 101):

[TRADUCTION] Il s'agit d'une infraction récemment créée par le législateur afin de prévenir l'usage d'armes à feu pendant la perpétration d'autres infractions. Le législateur a récemment et délibérément assorti de telles infractions de peines d'emprisonnement supplémentaires et consécutives. L'avocat de l'accusé soutient que le juge Dubiensi de la Cour provinciale a commis une erreur en prononçant des déclarations de culpabilité multiples pour le même délit et il a invoqué, à l'appui de sa thèse, l'arrêt *Kienapple c. La Reine* (1974), 15 C.C.C. (2d) 524, 44 D.L.R. (3d) 351, 26 C.R.N.S. 1.

Il cite alors le texte de l'art. 83 et poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] Le législateur, dans sa sagesse, a créé une nouvelle infraction et prévu clairement que la sentence applicable à cette nouvelle infraction doit être purgée consécutivement. Il a prévu, en outre, que dans le cas d'une infraction subséquente à une première infraction, la peine d'emprisonnement consécutive serait d'au moins trois ans. Cela est voulu et sans ambiguïté. Si c'est là une peine pour un même délit, c'est le législateur qui a décidé qu'il en serait ainsi. L'article doit être appliqué à la lettre.

L'arrêt *Matheson* a fait l'objet d'un pourvoi en cette Cour. Le pourvoi a été accueilli, mais pour un autre motif, dans un arrêt rendu le 22 juin 1981<sup>1</sup>. Cet arrêt ne fait aucunement état de la question en cause ici.

<sup>1</sup> Maintenant publié à [1981] 2 R.C.S. 214.

Three months later the Manitoba Court of Appeal, differently constituted, decided the case of *R. v. Nicholson, supra*. Mr. Justice Matas spoke for the Court, and in the course of his judgment said (at p. 118):

To clear away one question—the rule against multiple convictions—I respectfully agree with the decision in *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138. The Ontario Court of Appeal (Martin, Houlden and Zuber J.J.A.) held that:

An accused may be convicted of the offence contrary to s. 83 of the *Criminal Code* of using a firearm while committing 'an indictable offence' where that offence is robbery contrary to s. 302(d) of the *Criminal Code* and the accused has been convicted of the robbery. The wording of s. 83 shows a clear legislative intention to depart from the fundamental principle that an accused should not be punished twice for the same matter.

Very shortly after the *Langevin* case came before the Ontario Court of Appeal, the case of *R. v. Eby, supra*, was heard by the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division. Eby had been charged with attempting to steal while armed with offensive weapons, to wit, a .45 calibre pistol and a .38 calibre revolver. He pleaded guilty to the charge of attempted robbery. The trial judge acquitted him of a further charge under s. 83 (1)(c) of the *Code*, applying the reasoning in the *Quon* case. The Appeal Division allowed the Crown's appeal from acquittal. Jones J.A. quoted at length, with approval, what had been said by Martin J.A. in *Langevin* concluding (at pp. 32 and 34):

I agree with the reasoning of the Ontario Court of Appeal in the *Langevin* case. When one examines s. 83 in the light of the extensive revision of Part II.1 of the *Criminal Code* it is clear that Parliament intended to impose very severe restrictions on the ownership and use of firearms in Canada. The object was to restrict the availability and use of firearms during the commission of criminal offences. It has been aptly described as "gun control" legislation. The original Bill C-83 introduced in Parliament on February 24, 1976, was entitled "An Act for the better protection of Canadian society against perpetrators of violent and other crime".

Trois mois plus tard, la Cour d'appel du Manitoba, constituée différemment, a statué sur l'affaire *R. v. Nicholson*, précitée. Dans les motifs de la Cour, le juge Matas dit ceci (à la p. 118):

[TRADUCTION] Pour résoudre une question, savoir la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, avec égards, je souscris entièrement à l'arrêt *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138. La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Martin, Houlden et Zuber) a statué ce qui suit:

Un accusé peut être déclaré coupable d'avoir, contrairement à l'art. 83 du *Code criminel*, utilisé une arme à feu lors de la perpétration d'un «acte criminel» lorsque cet acte criminel est un vol qualifié visé à l'al. 302d) du *Code criminel* et que l'accusé a déjà été reconnu coupable du vol qualifié. D'après le texte de l'art. 83, le législateur avait clairement l'intention de s'écarter du principe fondamental selon lequel un accusé ne doit pas être puni deux fois pour la même chose.

Très peu de temps après l'arrêt *Langevin* de la Cour d'appel de l'Ontario, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division d'appel, a entendu l'affaire *R. v. Eby*, précitée. Eby était accusé d'avoir tenté de commettre un vol alors qu'il était muni d'armes offensives, soit un pistolet de calibre .45 et un revolver de calibre .38. Il a plaidé coupable à l'accusation de tentative de vol qualifié. Le juge du procès l'a acquitté d'un autre chef d'accusation porté en vertu de l'al. 83(1)c) du *Code*, en suivant le raisonnement de l'arrêt *Quon*. La Division d'appel a accueilli l'appel de l'acquiescement interjeté par le ministère public. Le juge Jones a abondamment cité les motifs du juge Martin dans l'arrêt *Langevin*, auxquels il se rallie, et il a conclu (aux pp. 32 et 34):

[TRADUCTION] Je souscris au raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Langevin*. Si l'on étudie l'art. 83 dans le contexte de la révision approfondie de la Partie II.1 du *Code criminel*, il est clair que le législateur a voulu imposer des restrictions très sévères à la possession et à l'usage des armes à feu au Canada. L'objectif était de restreindre la disponibilité et l'usage des armes à feu pendant la perpétration d'actes criminels. On l'a, à juste titre, appelée loi sur le «contrôle des armes à feu». Le projet de loi C-83 initial, déposé au Parlement le 24 février 1976, s'intitulait: Loi pour mieux protéger la société canadienne contre les auteurs de crimes violents et autres crimes.



and,

It would appear that Parliament has clearly provided for multiple convictions under s. 83 and accordingly the principle in *Kienapple, supra*, is not applicable to a charge under that section.

The decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Pineault; R. v. Bérubé, supra*, is consistent with that of the other courts of appeal to which I have referred. The headnote reads:

As a general rule, an accused cannot in Canadian criminal law be punished twice for offences based on the same set of facts unless Parliament clearly indicates an intention to the contrary. In enacting s. 83 and subs. (2) of that section, Parliament intended to specifically ban the use of firearms and to impose a second penalty for the same set of facts. Parliament intended to punish more severely those who make use of firearms, and effect should be given to such purpose. A crime under s. 228 can be committed by means of a firearm, and also by means of other weapons, such as a hammer or a crowbar. It can even be committed by the use of a fist.

Let me say, with respect, that I agree with the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Langevin* and with the judgments of those courts which followed that decision.

Four courts of appeal which have considered the matter have agreed in six different cases upon an important point of criminal law. Although not unheard of, it is a sufficiently rare occurrence as to merit attention. It suggests that the point is reasonably clear, and one should be cautious in arriving at a different conclusion. Many of the criminal cases which reach this Court do so because of differing views of provincial appellate courts. The unanimity in this case cannot but be significant.

That aside, it is well to recall the legislative history of s. 83. It formed part of a comprehensive "gun control" legislative scheme intended to discourage the use of firearms by the criminal element of our society. Penalties were more than doubled. Compare ss. 84(1), 85, 88(2), 89(3), 89(1), 94(1) with the earlier ss. 86, 83, 90, 94, 91(1), 92. Section 83 was added as a new offence,

et

[TRADUCTION] Il semble que le législateur a clairement prévu les déclarations de culpabilité multiples en vertu de l'art. 83 et qu'en conséquence, le principe de l'arrêt *a Kienapple*, précité, ne s'applique pas à une accusation portée en vertu de cet article.

L'arrêt de la Cour d'appel du Québec *R. v. Pineault; R. v. Bérubé*, précité, est conforme à ceux des autres cours d'appel que j'ai mentionnés. Le sommaire de cet arrêt se lit comme suit:

[TRADUCTION] En droit pénal canadien, un accusé ne peut pas généralement être puni deux fois pour des infractions basées sur les mêmes faits, à moins d'une intention contraire manifeste du législateur. En adoptant l'art. 83 et son par. (2), le législateur avait l'intention de bannir formellement l'usage des armes à feu et d'imposer une seconde peine applicable aux mêmes faits. L'objectif du législateur était de punir plus sévèrement les personnes qui utilisent des armes à feu et il faut donner effet à cet objectif. L'acte criminel visé par l'art. 228 peut être commis au moyen d'une arme à feu et aussi en utilisant une autre arme comme un marteau ou une barre de fer. On peut même le commettre en se servant de son poing.

Qu'il me soit permis de dire, avec égards, que je suis d'accord avec l'arrêt *Langevin* de la Cour d'appel de l'Ontario et avec les arrêts de toutes les autres cours qui l'ont suivi.

Quatre cours d'appel ont étudié la question et se sont prononcées dans le même sens sur un point important de droit pénal, dans six arrêts différents. Même s'il ne s'agit pas d'un cas unique, il est suffisamment rare pour qu'on y porte attention. Il en ressort que le point est raisonnablement clair et qu'il faudrait bien réfléchir avant d'en arriver à une conclusion différente. De nombreuses affaires criminelles aboutissent en cette Cour en raison des divergences d'opinions des cours d'appel provinciales. L'unanimité dans le cas présent n'est pas sans importance.

En outre, il est utile de faire l'historique de l'art. 83. Il faisait partie d'un vaste programme législatif de «contrôle des armes à feu» destiné à dissuader les criminels de la société d'utiliser des armes à feu. Les peines ont été plus que doublées. Que l'on compare les art. 84(1), 85, 88(2), 89(3), 89(1) et 94(1) avec les anciens art. 86, 83, 90, 94, 91(1) et 92. L'article 83 est venu ajouter une nouvelle

after the decisions of this Court in *Quon* and *Kienapple* were well known. Section 83 is materially different from the earlier s. 122. It is more narrowly phrased, less draconian, thereby avoiding some of the “absurdities” which gave this Court concern in *Quon*. The emphasis is now upon “use” of a firearm, a very different concept than “has upon his person”. The word “firearm” is narrowly and clearly defined.

One of the matter which troubled the Ontario Court of Appeal in *Quon* was the fact that the penalty provided by s. 122 was not additional punishment attaching to the commission of “any other offence” but rather a sanction imposed for the commission of the specific offence defined by the section. That concern was removed in the repeal of s. 122 and the enactment of s. 83. I will repeat s. 83(2) for ease of reference:

(2) A sentence imposed on a person for an offence under subsection (1) shall be served consecutively to any other punishment imposed on him for an offence arising out of the same event or series of events and to any other sentence to which he is subject at the time the sentence is imposed on him for an offence under subsection (1).

The subsection contemplates that the sentence imposed upon a person who uses a firearm while committing or attempting to commit an indictable offence shall be served consecutively to any other punishment imposed on him for an offence arising out of the same event. I do not know what clearer language could be used to negate the so-called *Kienapple* principle.

One must also, I think, ask why Parliament, gravely concerned with the proliferation of firearm-related crime, would pass legislation giving absolute from s. 83 to those using firearms in the commission of those crimes in which firearms are most likely to be used. If the contention of the appellant is correct, s. 83 is limited to those crimes in which firearms are not likely to be used, such as forgery or rape. Such an interpretation would seem to me to defeat the plain and express language of the section.

infraction, après que les arrêts *Quon* et *Kienapple* de cette Cour eurent été largement connus. L'article 83 est sensiblement différent de l'ancien art. 122. Il est rédigé de façon plus restrictive et moins rigoureuse, évitant ainsi certaines des «absurdités» qui ont préoccupé cette Cour dans l'arrêt *Quon*. L'accent est maintenant mis sur l'«usage» d'une arme à feu, ce qui est très différent de «a sur soi». L'expression «arme à feu» est définie de façon claire et restrictive.

Un sujet de préoccupation de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Quon* était le fait que la peine prévue à l'art. 122 n'était pas une peine additionnelle liée à la perpétration d'une autre infraction» mais plutôt une sanction applicable à la perpétration de l'infraction spécifiquement définie à cet article. L'abrogation de l'art. 122 et l'adoption de l'art. 83 ont permis d'éliminer cette préoccupation. Je cite de nouveau le par. 83(2) pour plus de commodité:

(2) La sentence imposée à une personne pour une infraction prévue au paragraphe (1) doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits et à toute autre sentence qu'elle purge à ce moment-là.

Ce paragraphe prévoit que la sentence imposée à la personne qui utilise une arme à feu lors de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'un acte criminel doit être purgée consécutivement à toute autre peine imposée pour une autre infraction basée sur les mêmes faits. Je ne sais pas à quels termes plus clairs on pourrait recourir pour écarter ce qu'il est convenu d'appeler le principe de l'arrêt *Kienapple*.

A mon avis, il faut également se demander pourquoi le législateur, qui s'inquiète sérieusement de la prolifération des crimes liés aux armes à feu, adopterait une loi qui soustrairait à l'application de l'art. 83 ceux qui utilisent des armes à feu pour commettre des crimes où leur usage est le plus probable. Selon la thèse de l'appellant, l'art. 83 ne s'applique qu'aux actes criminels où l'usage d'armes à feu est peu probable, comme le faux ou le viol. Cette interprétation me paraît contraire au langage clair et explicite de l'article.

In *R. v. Quon, supra*, Kellock J. stated (at p. 520):

It is obvious of course that Parliament may, if it sees fit, constitute two separate offences out of the same act or omission or make part of an act or omission or one or more of a series of acts or omissions a separate offence additional to that constituted by the complete act or omission or the whole series.

The same thought is expressed in the *Kienapple* case (at p. 753, *per* Laskin C.J.):

Parliament's power to constitute two separate offences out of the same matter is not in question, but unless there is a clear indication that multiple prosecutions and, indeed, multiple convictions are envisaged, the common law principle expressed in the *Cox and Paton* case should be followed.

In my view Parliament has in the enactment of s. 83 departed from the fundamental common law principle of the criminal law that *nemo debet bis puniri pro uno delicto*, elaborated in *Kienapple*, and has shown that the use of a firearm in the commission of the offence of robbery shall also constitute a separate and distinct offence under s. 83 for which a separate and additional (increased in the case of second or subsequent offence) punishment shall be imposed.

It seems clear that what was intended in the enactment of s. 83 was to impose an additional penalty for what is, in effect, an aggravated form of robbery. Robbery can be committed without either the possession or the use of a firearm. The "use" of a "firearm" is not an essential element of the crime of robbery. A person may be convicted of that crime in the absence of a pistol, revolver or other firearms. Anyone who steals from any person while armed with an offensive weapon, or even the imitation of an offensive weapon, commits robbery. An offensive weapon would include a knife, a broken bottle, a baseball bat, a bicycle chain. The offence is complete if the accused is "armed with" the offensive weapon—he need not "use" it. When Parliament turned its attention to s. 83 it is obvious from the language used that Parliament was concerned with "use", not innocent possession, and concerned with "firearms", not knives or toy pistols. Parliament clearly contemplated that when in

Dans l'arrêt *R. c. Quon*, précité, le juge Kellock déclare ce qui suit (à la p. 520):

[TRADUCTION] Il est évident que le législateur peut, s'il le juge nécessaire, créer deux infractions distinctes à propos du même acte ou de la même omission, ou faire d'une partie d'un acte ou d'une omission ou d'un ensemble d'actes ou d'omissions une infraction distincte qui s'ajoute à celle que constitue l'acte complet ou l'omission complète ou encore l'ensemble d'actes ou d'omissions.

La même idée est exprimée dans l'arrêt *Kienapple* (à la p. 753, par le juge en chef Laskin):

Le pouvoir du Parlement de créer deux infractions distinctes à propos de la même chose n'est pas contesté, mais à moins d'une indication claire qu'on a en vue des poursuites multiples et, il va de soi, des condamnations multiples, le principe de *common law* énoncé dans l'arrêt *Cox et Paton* doit être suivi.

A mon avis, en adoptant l'art. 83, le législateur s'est écarté du principe de *common law* fondamental *nemo debet bis puniri pro uno delicto*, qui a cours en droit criminel et qui est exprimé dans l'arrêt *Kienapple*, et il a indiqué que l'usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction de vol qualifié constitue également, en vertu de l'art. 83, une infraction distincte assortie d'une peine distincte et supplémentaire (accrue en cas de récidive).

Il semble clair que l'adoption de l'art. 83 avait pour but d'imposer une peine supplémentaire pour ce qui est, en réalité, une forme grave de vol qualifié. Le vol qualifié peut être commis sans possession ou usage d'une arme à feu. L'«usage» d'une «arme à feu» n'est pas un élément essentiel de l'acte criminel que constitue le vol qualifié. Une personne peut être déclarée coupable de ce crime en l'absence de pistolet, de revolver ou d'une autre arme à feu. Commet un vol qualifié quiconque vole une personne en étant muni d'une arme offensive ou même d'une imitation d'arme offensive. Une arme offensive peut comprendre un couteau, une bouteille brisée, un bâton de base-ball, une chaîne de bicyclette. L'infraction est commise si l'accusé est «muni» de l'arme offensive; il n'est pas nécessaire qu'il l'utilise. Il ressort du langage utilisé que lorsque le législateur a édicté l'art. 83, il visait l'«usage», non pas la possession paisible, ainsi que les «armes à feu» et non les couteaux ou les revol-

the course of a robbery a firearm is used, multiple prosecutions and multiple convictions would follow and would supplant the common law principle expressed in *Kienapple* and in *Cox and Paton v. The Queen*, [1963] S.C.R. 500.

I would have thought Parliament would have had in mind the very sort of thing that happened in this case, an attempt to steal with the aid of a shotgun for the purpose of intimidating the victim. The would-be robbers entered the store with a shotgun which was obviously loaded and, it would appear, cocked. Mr. Barbetta, the firearms examiner, testified that in order to put the shotgun in a firing position, it has to be cocked manually. As I have mentioned, the weapon discharged when the proprietor of the store wrested it from one of the accused. Shotguns kill or maim with great ease at close range and the three accused are fortunate that the pellets struck the ceiling and not Mr. Ik-Soo Kim or his wife Sundae Tie Kim or their baby. This was an aggravated form of robbery which exposed the intended victim to serious injury or death.

If Parliament had intended to exclude from the meaning of the words "an indictable offence" in s. 83(1)(a) any criminal offence an essential element of which is the having of a firearm, it could have made its meaning clear through apt words, or it could have simply re-enacted the former s. 122, which had been judicially interpreted restrictively, as the new s. 83. Parliament did neither.

For the foregoing reasons, and for the reasons given by Mr. Justice Martin in the *Langevin* case, I conclude that the conviction on the charge of attempted armed robbery did not preclude a conviction on the charge under s. 83 of the *Code*. I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed*, LASKIN C.J. and RITCHIE J. *dissenting in part*.

*Solicitors for the appellant: Kerekes, Collins, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General for Ontario.*

vers jouets. Le législateur a clairement prévu que l'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un vol qualifié entraînera des poursuites et des déclarations de culpabilité multiples qui l'emporteront sur le principe de *common law* exprimé dans les arrêts *Kienapple* et *Cox et Paton c. La Reine*, [1963] R.C.S. 500.

Je suis porté à croire que le législateur a envisagé le type précis de situation qui s'est présentée en l'espèce, savoir une tentative de vol au moyen d'un fusil de chasse dans le but d'intimider la victime. Les voleurs éventuels sont entrés dans le magasin avec un fusil de chasse qui était manifestement chargé et, à ce qu'il semble, armé. Suivant le témoignage de M. Barbetta, l'expert en armes à feu, pour que le fusil soit prêt à tirer, il doit être armé manuellement. Comme je l'ai déjà dit, le coup est parti quand le propriétaire du magasin a arraché l'arme des mains de l'un des accusés. Les fusils de chasse peuvent facilement tuer ou mutiler à faible distance et il est heureux pour les trois accusés que les plombs aient atteint le plafond plutôt que M. Ik-Soo Kim, sa femme Sundae Tie Kim ou leur bébé. Il s'agit là d'une forme grave de vol qualifié qui a exposé la victime à des blessures graves ou à la mort.

Si le législateur n'avait pas voulu que les mots «un acte criminel» à l'al. 83(1)a s'entendent d'un acte criminel dont un élément essentiel est la possession d'une arme à feu, il aurait pu clarifier leur sens en des termes appropriés ou il aurait pu simplement reprendre le texte de l'ancien art. 122, que les cours avaient interprété restrictivement, et en faire le nouvel art. 83. Il n'a fait ni l'un ni l'autre.

Pour ces motifs et pour les motifs exprimés par le juge Martin dans l'arrêt *Langevin*, je conclus que la déclaration de culpabilité de tentative de vol à main armée n'exclut pas une déclaration de culpabilité prononcée en vertu de l'art. 83 du *Code*. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté*, le juge en chef LASKIN et le juge RITCHIE *étant dissidents en partie*.

*Procureurs de l'appellant: Kerekes, Collins, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de l'Ontario.*

**The Government of the Republic of Italy**  
*Appellant;*

and

**The Honourable Jean-Guy Boilard and  
Francesco Piperno** *Respondents.*

File No.: 16828.

1982: February 2; 1982: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Mandamus — Extradition proceedings against Italian citizen — Unsworn depositions taken in Italy held inadmissible by extradition judge — Whether mandamus lies to compel admission of the depositions — Whether other form of relief available — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.*

*Extradition — Admissibility of evidence — Unsworn depositions taken in Italy held inadmissible by extradition judge — Whether unsworn depositions admissible in Canadian extradition proceedings — Extradition Treaty between Great Britain and Italy, 1873, (1873) 6 Canada Gazette 1247 (No. 47, 23/5/1873), article XI — Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 3, 13, 16.*

Appellant brought extradition proceedings against respondent Piperno. At the extradition hearings, the Extradition Judge refused to admit in evidence three documents in the form of unsworn depositions made pursuant to Italian law. Appellant's application for mandamus to compel the Extradition Judge to admit the unsworn depositions was dismissed by the Federal Court Trial Division and the Federal Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Mandamus does not lie unless jurisdiction is in issue respecting the performance of a statutory duty, as where there is a denial or excess of jurisdiction. Here, even if the Extradition Judge were wrong in rejecting the unsworn depositions because they lacked quality as admissible evidence, his ruling could not be reviewed by way of mandamus since no question of jurisdiction was involved.

**Le gouvernement de la République d'Italie**  
*Appelant;*

et

<sup>a</sup> **L'honorable Jean-Guy Boilard et Francesco  
Piperno** *Intimés.*

N° du greffe: 16828.

<sup>b</sup> 1982: 2 février; 1982: 2 mars.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Mandamus — Procédures d'extradition contre un citoyen italien — Le juge d'extradition conclut à l'irrecevabilité de dépositions faites en Italie par des personnes non assermentées — Y a-t-il lieu à mandamus pour exiger que les dépositions soient reçues? — Existe-t-il un autre recours? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 18, 28.*

*Extradition — Recevabilité de la preuve — Le juge d'extradition a conclu à l'irrecevabilité de dépositions faites en Italie par des personnes non assermentées — Recevabilité dans le cadre de procédures d'extradition au Canada de dépositions non faites sous serment — Traité d'extradition entre la Grande-Bretagne et l'Italie, 1873, (1873) 6 Gazette du Canada 1262 (N° 47, 23/5/1873), article XI — Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 3, 13, 16.*

L'appelant a engagé des procédures d'extradition contre l'intimé Piperno. Au cours des audiences d'extradition, le juge d'extradition a refusé de recevoir en preuve trois documents sous forme de dépositions faites conformément au droit italien par des personnes non assermentées. La Division de première instance de la Cour fédérale ainsi que la Cour d'appel fédérale ont rejeté la requête en *mandamus* déposée par l'appelant afin d'obtenir que le juge d'extradition reçoive les dépositions non faites sous serment.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>i</sup> Il n'y a pas lieu à *mandamus* à moins que le litige ne porte sur la compétence en matière d'exécution d'une obligation légale, comme dans le cas où il y a refus d'exercer compétence ou excès de compétence. En l'espèce, même si le juge d'extradition a eu tort de rejeter pour cause d'irrecevabilité les dépositions non faites sous serment, sa décision ne peut faire l'objet d'un *mandamus* car la question de la compétence ne se pose pas.

Although article XI of the *Extradition Treaty* dealt only with sworn depositions, s. 16 of the *Extradition Act* provided for depositions taken in a foreign state under oath or by affirmation. Since Italian law did not provide expressly for affirmations or sworn depositions in proceeding before a *juge d'instruction*, the *Extradition Treaty* should be given a liberal interpretation to admit affirmations and to accept as affirmations depositions taken in circumstances where the deponent recognizes the importance of the truth being told on the particular occasion. Therefore, the two depositions of the deponents, who had been warned of their duties to tell the truth and were aware of penal consequences if they did not, were admissible. The deposition of the third deponent, however, was inadmissible since she was in no jeopardy and had accepted no obligation to tell the truth.

*R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Singh*, [1981] 3 All E.R. 23; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021; *Dressler v. Tallman Gravel & Sand Supply Ltd.*, [1962] S.C.R. 564; *R. v. N.*, [1980] 1 W.W.R. 68, applied; *Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] S.C.R. 57; *R. v. Marsham*, [1892] 1 Q.B. 371; *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Kirby*, [1979] 2 All E.R. 1094; *Government of Australia v. Harrod*, [1975] 1 W.L.R. (U.K.) 745, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, affirming a judgment of the Trial Division, dismissing appellant's application for mandamus against the decision of Boilard J. sitting as Extradition Judge. Appeal dismissed.

*Joseph Nuss, Q.C.*, for the appellant.

*Pierre Poupart and Michel F. Denis*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This case raises a question of substance and a question of procedure. It arises out of extradition proceedings in which the question of substance concerned the admissibility in evidence before the Extradition Judge of certain depositions, tendered on behalf of the Government of the Republic of Italy in seeking to extradite the respondent Francesco Piperno. Boilard J., sitting

Bien que l'article XI du *Traité d'extradition* ne vise que les dépositions faites sous serment, l'art. 16 de la *Loi sur l'extradition* prévoit que les dépositions reçues dans un Etat étranger peuvent avoir été faites sous serment ou sous affirmation. Comme le droit italien ne prévoit expressément ni des affirmations ni des dépositions sous serment dans les procédures devant un juge d'instruction, le *Traité d'extradition* doit recevoir une interprétation libérale de manière que les affirmations soient recevables et que les dépositions recueillies dans des circonstances où le déposant reconnaît particulièrement l'importance de dire la vérité soient acceptées comme des affirmations. Sont donc recevables les dépositions des deux déposants qui ont été avertis de l'obligation de dire la vérité et qui connaissaient les peines liées à l'omission de le faire. La troisième déposition est cependant irrecevable puisque la déposante ne courait aucun risque et n'avait souscrit à aucune obligation de dire la vérité.

Jurisprudence: arrêts appliqués: *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Singh*, [1981] 3 All E.R. 23; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021; *Dressler c. Tallman Gravel & Sand Supply Ltd.*, [1962] R.C.S. 564; *R. v. N.*, [1980] 1 W.W.R. 68; distinction faite avec les arrêts: *Kipp c. Attorney-General for Ontario*, [1965] R.C.S. 57; *R. v. Marsham*, [1892] 1 Q.B. 371; *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Kirby*, [1979] 2 All E.R. 1094; *Government of Australia v. Harrod*, [1975] 1 W.L.R. (U.K.) 745.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, qui a confirmé un jugement de la Division de première instance rejetant la requête en mandamus formée par l'appellant contre la décision du juge Boilard siégeant comme juge d'extradition. Pourvoi rejeté.

*Joseph Nuss, c.r.*, pour l'appellant.

*Pierre Poupart et Michel F. Denis*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi soulève une question de fond et une question de procédure. Il résulte de procédures d'extradition où la question de fond est la recevabilité en preuve devant le juge d'extradition de certaines dépositions présentées pour le compte du gouvernement de la République d'Italie qui tente d'obtenir l'extradition de l'intimé Francesco Piperno. Le juge Boilard, siégeant

as Extradition Judge, held the depositions to be inadmissible. Other depositions of like character were in readiness for submission but, having regard to the ruling of Boilard J., counsel for the Italian Government decided to test it. He brought mandamus with *certiorari* in aid, seeking to quash the ruling and to compel the Extradition Judge to carry out a duty said to arise under article XI of the applicable *Extradition Treaty* to receive the proffered depositions and others like them. Thus arose the question of procedure, namely, whether mandamus would lie in respect of the allegedly erroneous ruling.

The Extradition Judge's ruling did not end the proceeding before him. He made no order of dismissal nor, of course, any order of committal. Whatever be the outcome of this appeal, the extradition proceeding remains on foot before him. It may properly be said, therefore, that the courts before whom mandamus was sought, either at first instance or on appeal, are concerned with an interlocutory proceeding. So too is this Court.

The application for mandamus came before Addy J. of the Federal Court, Trial Division, pursuant to s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. Addy J. dismissed the application on two grounds; first, on the ground that mandamus did not lie when there was no jurisdictional error and, second, on the merits of the issue of admissibility. An appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed in short reasons limited to the question whether mandamus would lie. That Court held that any error committed by the Extradition Judge was made in the exercise of jurisdiction. No opinion was expressed on admissibility. Leave to appeal was obtained to come here.

#### The extradition proceedings

Piperno was arrested in Quebec on an extradition warrant on September 18, 1981. He was admitted to bail and has been at liberty since October 15, 1981. The extradition hearing began on October 21, 1981. Three documents in the form

comme juge d'extradition, a conclu à l'irrecevabilité des dépositions. On avait d'autres dépositions de même nature à présenter mais, étant donné la décision du juge Boilard, l'avocat du gouvernement italien a décidé d'en appeler. Afin de faire infirmer la décision et d'exiger que le juge d'extradition s'acquitte d'une obligation que lui imposerait l'article XI du *Traité d'extradition* qui s'applique en l'espèce, de recevoir les dépositions qui ont été produites et d'autres de même nature, l'avocat a déposé une requête en *mandamus* assorti d'un *certiorari*. D'où la question de procédure de savoir si la décision qu'on prétend erronée peut faire l'objet d'un bref de *mandamus*.

La décision du juge d'extradition n'a pas mis fin à la procédure dont il a été saisi. Il n'a ni rejeté la demande ni, bien entendu, ordonné l'incarcération. Quelle que soit l'issue de ce pourvoi, il demeure saisi de la procédure d'extradition. On peut donc affirmer à bon droit que les procédures relatives à la requête en *mandamus* qui se sont déroulées devant la cour de première instance et en cour d'appel étaient interlocutoires. C'est également le cas en cette Cour.

Le juge Addy de la Division de première instance de la Cour fédérale, qui a été saisi de la requête en *mandamus* conformément à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, a rejeté la demande pour deux motifs; le premier est qu'à défaut d'une erreur de compétence il n'y a pas lieu à *mandamus* et le deuxième concerne le fond de la question de la recevabilité. La Cour d'appel fédérale, dans de brefs motifs portant uniquement sur la question du droit au *mandamus*, a rejeté l'appel. Elle a statué que si le juge d'extradition a commis une erreur quelconque, il l'a commise dans l'exercice de sa compétence. La question de la recevabilité n'a fait l'objet d'aucune opinion. L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a été accordée.

#### Les procédures d'extradition

Piperno a été arrêté au Québec le 18 septembre 1981 en vertu d'un mandat d'extradition. Il est en liberté sous caution depuis le 15 octobre 1981. L'audience d'extradition a débuté le 21 octobre 1981. On a présenté comme preuve devant le juge

of unsworn depositions were offered in evidence to the Extradition Judge. Each was made to or before a *juge d'instruction* in Rome by the following three persons, Stefano Lepri, Francesco Cipullo and Guiliana Conforto.

The deposition of Lepri, dated October 21, 1979, is signed by him by the *juge d'instruction* and contains the stamped seal of a civil and criminal tribunal of Rome. It begins with a warning to the deponent of his obligation to tell the truth, in conformity with art. 357 of the Italian *Code of Penal Procedure*, and recites that he has been informed of penal consequences under art. 372 of the Italian *Penal Code* if he gives false testimony. The deposition of Cipullo, dated November 21, 1979, is similarly signed and sealed and contains the same warning of the duty to tell the truth and of penal consequences if false testimony is given. There is this difference however in the two depositions; that of Cipullo refers to an earlier statement to the police made on May 3, 1979.

The Conforto deposition, unsworn like the other two, is dated January 24, 1980. It differs from them, however, because as a person charged with offences (although unrelated to those charged against Piperno) she was not required to answer when interrogated before a *juge d'instruction* and was not warned of the duty to tell the truth and of penal consequences if false testimony is given. She was only warned of consequences if she refused to answer or if she gave untrue answers with respect to her name and other particulars.

The depositions were taken in alleged conformity with Italian law and expert evidence as to that law was adduced before the Extradition Judge. I shall come to it shortly.

No issue was raised as to the relevancy of the depositions if they were admissible. Attention was, however, directed to article XI of the *Extradition Treaty* entered into between Great Britain and Italy in 1873 and which admittedly applies to Canada. Article XI reads as follows:

d'extradition trois documents sous forme de dépositions faites devant un juge d'instruction à Rome par trois personnes non assermentées, soit Stefano Lepri, Francesco Cipullo et Guiliana Conforto.

a

La déposition de Lepri, en date du 21 octobre 1979, porte sa signature et celle du juge d'instruction ainsi que le cachet d'un tribunal civil et pénal de Rome. Le document comporte au début une mise en garde rappelant au déposant l'obligation de dire la vérité conformément à l'art. 357 du *Code de procédure pénale* italien, ainsi qu'une déclaration qu'il a été informé des peines prévues à l'art. 372 du *Code pénal* italien dans le cas d'un faux témoignage. La déposition de Cipullo, en date du 21 novembre 1979, est signée et timbrée de la même façon et contient la même mise en garde quant à l'obligation de dire la vérité et aux peines prévues dans le cas d'un faux témoignage. La déposition de Cipullo a cependant ceci de différent qu'elle renvoie à une déclaration faite antérieurement à la police le 3 mai 1979.

e

La déposition de Conforto, qui à l'instar des deux autres n'a pas été faite sous serment, porte la date du 24 janvier 1980. Elle est toutefois différente parce que Conforto, accusée d'avoir commis certaines infractions (bien que non reliées aux accusations pesant contre Piperno), n'était pas tenue de répondre aux questions posées devant le juge d'instruction et elle n'avait pas été informée de l'obligation de dire la vérité et des peines prévues dans le cas d'un faux témoignage. Elle n'avait été prévenue que des conséquences d'un refus de répondre ou des réponses mensongères quant à son nom et d'autres renseignements.

h

Les dépositions auraient été recueillies conformément à la loi italienne et on a fait témoigner un expert en la matière devant le juge d'extradition. Je reviendrai un peu plus loin à ce témoignage.

i

On n'a pas soulevé la question de la pertinence des dépositions dans l'hypothèse où elles seraient recevables. Notre attention a cependant été appelée sur l'article XI du *Traité d'extradition* conclu par la Grande-Bretagne et l'Italie en 1873 et dont on reconnaît l'applicabilité au Canada. L'article XI se lit comme suit:

j



## ARTICLE XI.

In the examinations to be made in conformity with the preceding stipulations, the authorities of the State to which the demand is addressed shall admit, as entirely valid evidence, the documents and depositions taken on oath in the other State, or copies of them, and likewise the warrants and sentences issued there; provided that such documents are signed or certified by a Judge, Magistrate, or Officer of such State, and are authenticated by the oath of some witness, or stamped with the official seal of the Department of Justice or some other Department of State.

This *Extradition Treaty* is incorporated as part of the domestic law of Canada under s. 3 of the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21 which is in these terms:

3. In the case of any foreign state with which there is an extradition arrangement, this Part applies during the continuance of such arrangement; but no provision of this Part that is inconsistent with any of the terms of the arrangement has effect to contravene the arrangement; and this Part shall be so read and construed as to provide for the execution of the arrangement.

Although ss. 13 and 16 of this Act were brought into account by the respondent, it is clear from s. 3 aforesaid that treaty provisions prevail against them if they are inconsistent. It is desirable, however, to reproduce them in their terms, as follows:

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.

16. Depositions or statements taken in a foreign state on oath, or on affirmation, where affirmation is allowed by the law of the state, and copies of such depositions or statements and foreign certificates of, or judicial documents stating the fact of conviction, may, if duly authenticated, be received in evidence in proceedings under this Part.

I come now to consider the expert evidence of applicable Italian law. It was given before judge Boilard by Mr. Alberto Sciollo, a judge of the Italian *Cour de cassation* who, at the time, was in Montreal on leave from his judicial post to repre-

## ARTICLE XI.

Dans les interrogatoires qui auront lieu, conformément aux stipulations précédentes, les autorités de l'Etat auquel la demande d'extradition aura été faite, devront admettre comme preuves tout-à-fait valides, les documents et dépositions attestés sous serment dans l'autre Etat, ou des copies de ces papiers ainsi que les mandats et jugements émis et rendus dans ce même Etat; pourvu que ces documents soient signés ou certifiés par un juge, magistrat ou officier de cet Etat, et soient authentiqués sous serment d'un témoin ou portant le timbre officiel du ministère de la justice ou de quelque autre ministère d'Etat.

L'article 3 de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21 a pour effet d'intégrer ce *Traité d'extradition* dans le droit interne du Canada. En voici le texte:

3. Dans le cas de tout Etat étranger avec lequel il existe une convention d'extradition, la présente Partie s'applique durant l'existence de cette convention; mais nulle disposition de la présente Partie incompatible avec quelque une des conditions de la convention n'a d'effet à l'encontre de la convention; et la présente Partie doit se lire et s'interpréter de façon à faciliter l'exécution de la convention.

Bien que l'intimé invoque les art. 13 et 16 de la Loi, il se dégage nettement de l'art. 3, précité, qu'en cas d'incompatibilité, ce sont les dispositions du traité qui l'emportent. Il convient toutefois de citer les art. 13 et 16 qui se lisent comme suit:

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.

16. Les dépositions ou déclarations reçues dans un Etat étranger, sous serment ou sous affirmation, si l'affirmation est permise par la loi de cet Etat, et les copies de ces dépositions ou déclarations, et les certificats ou les pièces judiciaires étrangers établissant le fait d'une déclaration de culpabilité, peuvent, s'ils sont régulièrement légalisés, être reçus en preuve dans toutes procédures en vertu de la présente Partie.

J'en viens maintenant à examiner le témoignage de l'expert quant aux principes du droit italien applicables en l'espèce. Le témoignage en question, rendu devant le juge Boilard, est celui de M. Alberto Sciollo, juge de la Cour de cassation

sent his country in the International Civil Aviation Organization, whose headquarters are in Montreal. He gave uncontradicted evidence.

According to the witness, a criminal proceeding under Italian law has a pre-trial stage before a *juge d'instruction* (like a preliminary hearing here, as I assess it) and, on sufficient proof to satisfy the *juge d'instruction*, an accused is sent to trial before the Assizes Court. There is no provision under Italian law for taking sworn testimony at the pre-trial stage unless because of illness a witness may not be available at the trial and excepting also testimony as to identification of an accused. However, a witness before the *juge d'instruction* is warned of penal consequences if he gives false evidence. The warning of penal consequences if false testimony is given does not apply, however, in the case of a witness himself or herself accused in another case. Such a witness cannot testify under oath even at the trial proper, but the evidence of the witness may be acted on by the trial judge to convict an accused on that evidence alone, although given without any warning of penal consequences if it is false.

The relevant provisions of Italian law, art. 357 of the *Code of Penal Procedure* and art. 372 of the *Penal Code*, read as follows (as translated from the French translation in the record):

[TRANSLATION] 357. (Acts prior to the deposition; swearing of witnesses for future purposes). Each witness shall be heard separately. The judge shall advise him of his duty to tell the whole truth and nothing but the truth, and make known to him the penalties applicable to persons guilty of perjury (372 Penal Code). He shall then question him as to his personal identification and any relationship of consanguinity or interest which he may have with the other parties to the proceeding, or as to other circumstances that may be useful in assessing his credibility. He shall then proceed to examine the witness.

italienne. M. Sciollo qui, à l'époque, se trouvait à Montréal, avait reçu l'autorisation de s'absenter de son poste de juge pour représenter son pays auprès de l'Organisation de l'aviation civile internationale dont le siège est à Montréal. Son témoignage est incontesté.

Selon le témoin, en droit italien une procédure au criminel comporte une étape préalable au procès (semblable à une enquête préliminaire au Canada, à ce qu'il me semble) qui se déroule devant un juge d'instruction et, sur présentation d'une preuve suffisante pour convaincre le juge d'instruction, le prévenu est renvoyé à la Cour d'assises pour y subir son procès. La loi italienne ne prévoit pas que les témoignages à l'étape préalable au procès doivent être rendus sous serment, sauf dans le cas d'un témoin qui, pour cause de maladie, est susceptible de ne pas être en mesure de comparaître au procès ou à moins qu'il ne s'agisse d'un témoignage sur l'identité d'un prévenu. Le témoin qui comparaît devant le juge d'instruction reçoit cependant une mise en garde quant aux peines qu'il encourt s'il rend un faux témoignage. Toutefois, si le témoin est lui-même accusé dans une autre affaire, on ne lui sert pas cette mise en garde. Ce témoin ne peut déposer sous serment même au procès proprement dit, mais le juge du procès peut déclarer coupable un accusé sur le seul fondement du témoignage rendu par le témoin en question, même si ce dernier n'a reçu aucune mise en garde quant aux peines encourues en cas de faux témoignage.

Les dispositions italiennes pertinentes, soit l'art. 357 du *Code de procédure pénale* et l'art. 372 du *Code pénal*, sont ainsi rédigées (selon leur traduction française figurant au dossier):

357. (Actes préalables à la déposition; assermentation des témoins pour mémoire futur). Chaque témoin est entendu séparément. Le juge l'avertit de son obligation de dire toute la vérité et rien que la vérité, et lui rappelle les peines établies contre ceux qui sont coupables de faux témoignage (372 Code pénal). Ensuite, il l'interroge sur son identité et sur tout lien de parenté ou d'intérêt qu'il pourrait avoir avec les parties non publiques ou sur d'autres circonstances pouvant servir à l'évaluation de sa crédibilité. Il procède donc à son audition.

Witnesses shall not take oaths in the preliminary hearing, unless the law provides otherwise (313, 363). The judge shall in addition receive the deposition on oath of the witnesses he considers necessary, when he anticipates that, for reasons of health or other serious impediment, they may not appear in court<sup>(1)</sup>. In such cases the usual transcript shall be prepared, and the judge may direct, of his own motion or at the request of the prosecution or of one of the other parties (provided always that the necessary equipment is available), that the deposition shall be reproduced using recording apparatus (496 bis). The witness shall take oath according to article 449 (462<sup>2</sup>).

All the foregoing shall be mentioned in the transcript (155 foll.).

In cases of recorded depositions the provisions of paragraphs one, two, three and four of article 496 bis<sup>(2)</sup> shall apply.

372) (Perjury). Any person who, in giving a deposition as a witness before a judicial authority, states a falsehood or denies what is true, or withholds in whole or in part what he knows concerning the facts on which he is questioned, shall be liable to imprisonment of from six months to three years (375-377, 384; 349-352, 359, 458 C.P.P.).

<sup>(1)</sup> Cf. constitutional court, April 19, 1972, No. 64, in note to article 304 bis.

<sup>(2)</sup> As amended by article 2 of the law of December 6, 1965, No. 1369.

In refusing to admit the proffered depositions judge Boilard acted on the submission of counsel for Piperno that depositions given neither under oath nor on affirmation did not satisfy the requirements of the applicable law. Judge Boilard appeared to apply Canadian standards, as, for example, those under the *Criminal Code* respecting preliminary inquiries and provisions of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, respecting taking of evidence under oath or affirmation, on the view that there was consonance between the Treaty and Canadian law so as to justify advertence to such law. His reasons suggest that even if there was inconsistency between the Treaty and otherwise applicable Canadian law, there was a question of Canadian public policy involved requiring preference for Canadian law under which evidence must be given on oath or by

Les témoins ne prêtent pas serment dans l'instruction, à moins que la loi n'en dispose autrement (313, 363). Le juge doit du reste recevoir la déposition sous serment des témoins qu'il considère nécessaires, lorsqu'il prévoit que ceux-ci ne pourraient pas, pour des raisons d'infirmité ou d'autre empêchement grave, comparaître en justice<sup>(1)</sup>. Dans pareil cas, toujours avec obligation de rédiger le procès-verbal normal, le juge dispose, d'office ou sur demande du ministère public ou de l'une des parties non publiques, à condition toujours qu'il y ait l'équipement nécessaire, que la déposition soit reproduite à l'aide d'appareils d'enregistrement (496 bis). Le témoin prête serment selon les termes de l'article 449 (462<sup>2</sup>).

Il est fait mention de tout cela dans le procès-verbal (155 ss.).

Dans les cas de dépositions enregistrées, s'appliquent les dispositions du premier, du deuxième, du troisième et du quatrième alinéa de l'article 496 bis<sup>(2)</sup>.

372) (Faux témoignage). Celui qui, lors d'une déposition en tant que témoin devant l'Autorité judiciaire, affirme une fausseté ou nie la vérité, ou bien tait, en totalité ou en partie, ce qu'il sait au sujet des faits sur lesquels il est interrogé, est passible d'une réclusion de six mois à trois ans (375-377, 384; 349-352, 359, 458, C.p.p.).

<sup>(1)</sup> Cf. Cour constitutionnelle 19 avril 1972, n° 64 dans note à l'article 304 bis.

<sup>(2)</sup> Modifié par l'article 2 de la loi du 6 décembre 1965, n° 1369.

En refusant de recevoir les dépositions présentées, le juge Boilard a retenu l'argument de l'avocat de Piperno, selon lequel les dépositions qui n'ont été faites ni sous serment ni sous affirmation ne satisfont pas aux exigences du droit applicable. En appliquant des normes canadiennes comme, par exemple, celles du *Code criminel* concernant les enquêtes préliminaires et celles de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, relatives aux témoignages rendus sous serment ou sous affirmation, le juge Boilard semble s'être fondé sur la thèse qu'il y a, entre le Traité et le droit canadien, compatibilité justifiant le recours à ce droit. D'après ses motifs, même s'il y a incompatibilité entre le Traité et le droit canadien par ailleurs applicable, il existe une politique générale canadienne selon laquelle il faut donner la préférence au droit canadien qui exige que tout témoi-

affirmation. He did not find the English case of *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Singh*, [1981] 3 All E.R. 23, persuasive in its holding, *inter alia*, that a treaty provision referring to "sworn depositions or statements" should be liberally construed to extend to affirmations. This case was heavily relied on by counsel for the appellant Government and I will consider it in due course.

### The mandamus proceedings

I have already noted that Addy J. denied mandamus. He did so because it was not a procedure open to challenge admissibility of evidence when there was no excess of jurisdiction or refusal to exercise jurisdiction and when the extradition proceedings had not yet concluded. His support of the ruling of judge Boilard on the merits was supplemented by holding the *Singh* case to be inapplicable to Canada and by asserting the strong policy that prevailed in Canada, especially having regard to s. 13 of the *Extradition Act*, against subjecting an individual to extradition process otherwise than in conformity with Canadian law, as reflected in s. 16 of the *Extradition Act*.

The Federal Court of Appeal refused to express an opinion on the admissibility of the depositions but held, as I have already said, that even assuming that judge Boilard was wrong in his ruling, mandamus would not lie.

It was the strong submission of counsel for the Government of Italy that the right to mandamus, the right to require the Extradition Judge to perform a statutory duty, arose under article XI of the *Extradition Treaty* which imperatively ("shall admit") directed the admission of evidence as therein specified. The difficulty with this submission, giving it all the force which counsel sees in it, is that as a term of a treaty it must be, so to speak, domesticated to be enforceable in Canada and its domestic effect depends on the application of s. 3 of the *Extradition Act* and thus brings into

gnage soit rendu sous serment ou sous affirmation. Le juge Boilard n'a pas estimé convaincant l'arrêt anglais *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Singh*, [1981] 3 All E.R. 23, qui statue notamment qu'une disposition d'un traité concernant les [TRADUCTION] «dépositions ou déclarations faites sous serment» doit être interprétée libéralement de manière à inclure les affirmations. L'avocat du gouvernement appelant s'est appuyé largement sur cet arrêt que j'étudierai en temps utile.

### Les procédures de mandamus

J'ai déjà souligné que le juge Addy a refusé de délivrer un bref de *mandamus*. Il l'a fait pour le motif qu'on ne peut avoir recours à cette procédure pour contester la recevabilité d'un élément de preuve lorsqu'il n'y a ni excès de compétence ni refus d'exercer cette compétence et lorsque les procédures d'extradition ne sont pas encore terminées. Outre l'appui donné à la décision du juge Boilard sur le fond, il a statué que l'arrêt *Singh* ne s'applique pas au Canada et il a invoqué la politique générale bien établie qui prévaut ici, eu égard plus particulièrement à l'art. 13 de la *Loi sur l'extradition*, selon laquelle une personne ne peut faire l'objet de procédures d'extradition à moins que ce ne soit en conformité avec le droit canadien, comme le reflète l'art. 16 de la *Loi sur l'extradition*.

La Cour d'appel fédérale a refusé de se prononcer sur la recevabilité des dépositions mais elle a statué, comme je l'ai déjà dit, que même en supposant que la décision du juge Boilard soit entachée d'erreur, il n'y a pas lieu à *mandamus*.

L'avocat du gouvernement de l'Italie a soutenu vigoureusement que le droit au *mandamus*, c.-à-d. le droit d'exiger que le juge d'extradition s'acquitte d'une obligation légale, découle de l'article XI du *Traité d'extradition*, qui, en termes impérieux («devront admettre»), prescrit la recevabilité des éléments de preuve selon les modalités y spécifiées. L'inconvénient de cette allégation, même en lui prêtant toute la force que l'avocat y perçoit, est que l'article XI, étant une disposition d'un traité, doit être pour ainsi dire naturalisé pour qu'il puisse s'appliquer au Canada et comme son effet chez

account a number of considerations canvassed by both judge Boilard and judge Addy. On this view, I do not see how article XI of the Treaty can be treated as resting on a statutory duty going to the jurisdiction of the Extradition Judge.

A line of cases in this Court, among them *Rourke v. The Queen*, [1978] S.C.R. 1021, at p. 1026 and *Dressler v. Tallman Gravel & Sand Supply Ltd.*, [1962] S.C.R. 564, at p. 569 have affirmed that mandamus does not lie unless jurisdiction is in issue respecting the performance of a statutory duty as where there is a denial or excess of jurisdiction. Moreover, the cases, for example *R. v. N.*, [1980] 1 W.W.R. 68 (B.C.C.A.), at pp. 72-73, point to a denial of mandamus where the question to which mandamus is addressed is admissibility of evidence. Nor is the appellant assisted in claiming mandamus by the judgment of this Court in *Kipp v. Attorney-General for Ontario*, [1965] S.C.R. 57. This Court affirmed the issue of mandamus in that case where the trial judge had wrongly quashed an indictment before plea on the ground of duplicity when he should have tried the charge before him.

Counsel for the appellant urged that the line between refusing to accept evidence and refusing to accept jurisdiction can be a thin one and that the distinction has no validity in this case, relying for this position on *R. v. Marsham*, [1892] 1 Q.B. 371. It also was implicit in his submission that the liberality of approach when international comity is involved, as it is here, should extend not only to substantive matters, but also to procedures of the domestic court.

Whatever disposition there may be to take a wide view of jurisdiction in order to support mandamus, I can find no basis upon which that remedy can be available here. First, the *Marsham* case does not help. Although mandamus was held to lie

nous dépend de l'application de l'art. 3 de la *Loi sur l'extradition*, il faut tenir compte d'un certain nombre de considérations qui ont fait l'objet d'un examen minutieux de la part du juge Boilard et du juge Addy. Sur ce plan, je ne vois pas comment on peut dire que l'article XI du Traité peut être considéré comme reposant sur une obligation légale ayant une incidence sur la compétence du juge d'extradition.

Une série d'arrêts de cette Cour, dont *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1026 et *Dressler c. Tallman Gravel & Sand Supply Ltd.*, [1962] R.C.S. 564, à la p. 569, ont confirmé qu'il n'y a pas lieu à *mandamus* à moins que le litige ne porte sur la compétence en matière d'exécution d'une obligation légale, comme dans le cas où il y a refus d'exercer compétence ou excès de compétence. De plus, les arrêts, comme par exemple *R. v. N.*, [1980] 1 W.W.R. 68 (C.A. C.-B.), aux pp. 72 et 73, indiquent que le bref de *mandamus* doit être refusé lorsqu'il vise la recevabilité d'un élément de preuve. L'appelant ne peut pas non plus fonder utilement sa requête en *mandamus* sur l'arrêt *Kipp c. Attorney-General for Ontario*, [1965] R.C.S. 57, où cette Cour a confirmé la décision de délivrer un bref de *mandamus*. Dans ce cas-là, le juge du procès, invoquant la multiplicité, avait commis l'erreur d'annuler un acte d'accusation avant le plaidoyer alors qu'il aurait dû procéder à l'instruction de l'accusation.

L'avocat de l'appelant, s'appuyant sur l'arrêt *R. v. Marsham*, [1892] 1 Q.B. 371, a fait valoir avec insistance que la ligne de démarcation entre le refus de recevoir un élément de preuve et le refus de reconnaître sa compétence peut être assez ténue et que la distinction est inutile en l'espèce. D'autre part, il se dégage implicitement de son allégation que, lorsqu'il est question de courtoisie internationale, comme c'est le cas ici, l'attitude libérale doit s'appliquer non seulement aux questions de fond, mais aussi aux procédures de la cour du pays qui fait la demande d'extradition.

Quelle que soit la mesure dans laquelle on puisse être enclin à adopter une conception large de la compétence pour appuyer la délivrance d'un bref de *mandamus*, je ne vois rien en l'espèce qui puisse justifier ce type de redressement. En premier lieu,

to a magistrate where he rejected evidence, the English Court of Appeal held that what happened amounted to a declining of jurisdiction as to the whole inquiry before him. This was because, unlike the case where evidence is wrongly rejected on the view that it would not prove the matter into which the magistrate was bound to inquire, there the evidence was rejected (when it was integral to the inquiry) whether or not it would prove the matter in issue. The distinction is between rejection of evidence going to the entire inquiry because of its character and rejecting evidence because of its quality as proof. In the present case, the rejection of the evidence was not because its character was such that no evidence of that kind could be adduced but because it lacked quality as admissible evidence on the issues before the Extradition Judge. Even if he was wrong in rejecting it, his ruling could not be reviewed by way of *mandamus*, no question of jurisdiction being involved.

Second, the Extradition Judge did not stultify the inquiry before him by his evidence ruling. Judge Addy noted in the concluding paragraph of his reasons that art. 449 of the Italian *Code of Penal Procedure* envisages the use of affidavits and of solemn affirmations and, after proper authentication, could be used in extradition proceedings. Article 449 was, by consent, added in its French translation to the record on appeal. It reads as follows [translation from the French translation in the Record]:

[TRANSLATION] 449. (Swearing of witnesses). All witnesses, even in the capacity of informant (7 *et seq.*), complainant (9 *et seq.*) or civil party (91), shall take an oath, if they have not previously sworn (357\*, 418\*\*) and if they are not expressly exempted by law from doing so.

The presiding judge or the trial judge, having duly complied with the provisions of article 142, shall cause the witnesses to be sworn individually, as each of them appears to be heard, and shall use the following formula:

l'arrêt *Marsham* ne nous est d'aucune utilité. Tout en décidant que le magistrat qui a rejeté un élément de preuve peut faire l'objet d'un bref de *mandamus*, la Cour d'appel anglaise a conclu que ce magistrat avait en réalité refusé d'exercer sa compétence relativement à toute l'enquête dont il était saisi. Ceci s'explique par le fait que dans cette affaire-là, contrairement au cas où un élément de preuve est rejeté à tort pour le motif qu'il n'a aucune valeur probante relativement à la question dont le magistrat est saisi, l'élément de preuve a été rejeté (alors qu'il était partie intégrante de l'enquête) peu importe sa valeur probante relativement à la question en litige. Il s'agit de faire la distinction entre le rejet d'un élément de preuve qui, de par sa nature, influe sur toute l'enquête et le rejet d'un élément de preuve en raison de sa valeur insuffisante. En l'espèce, on a rejeté un élément de preuve non pas parce qu'il ne pouvait être produit en raison de sa nature même, mais parce qu'il n'avait pas la valeur suffisante pour être recevable relativement aux questions dont était saisi le juge d'extradition. Même si ce dernier a eu tort de le rejeter, sa décision ne peut faire l'objet d'un *mandamus*, la question de la compétence n'étant pas soulevée.

En deuxième lieu, la décision du juge d'extradition en matière de preuve n'a pas eu pour effet de rendre inutile l'enquête. Le juge Addy a fait remarquer au dernier alinéa de ses motifs que l'art. 449 du *Code de procédure pénale* italien prévoit le recours aux affidavits et affirmations solennelles qui, dûment authentifiés, peuvent servir dans des procédures d'extradition. Avec le consentement des parties, on a ajouté au dossier conjoint la traduction française de l'art. 449. En voici le texte:

449. (Serment des témoins). Tous les témoins, même s'ils ont qualité de dénonciateur (7 *et suiv.*), de plaignant (9 *et suiv.*) ou de partie civile (91), doivent prêter serment, s'ils ne l'ont pas prêté auparavant (357\*, 418\*\*) et s'ils n'en sont pas expressément dispensés par la loi.

Le président ou le juge de première instance, ayant dûment observé les dispositions de l'article 142, fera prêter individuellement serment aux témoins, au moment où chacun d'entre eux se présente en vue d'être entendu, et ce, à l'aide de la formule suivante:

“Aware of the responsibility which you assume before God<sup>1</sup> and man, do you swear to tell the whole truth and nothing but the truth?”

No person shall be allowed to take an oath who, at the time he gives evidence, has not reached his fourteenth birthday. Nevertheless, the judge shall advise him of his duty to tell the whole truth and nothing but the truth, and apprise him of the action which may be ordered with respect to persons less than fourteen years old who commit an act which the law regards as an offence (224 Penal C.).

<sup>(1)</sup> By a decision of October 10, 1979, No. 117, the constitutional court inserted at this point the clause “if the witness is a believer”.

Counsel for the appellant contended that the reference to art. 449 by judge Addy was improper and was in the face of the expert evidence that sworn evidence can only be given under Italian law at trial at the public hearing and not before a *judge d’instruction*. Accepting the contention that art. 449 could not be invoked to supply affidavit evidence in this case, I cannot regard judge Boilard’s ruling as amounting to a denial of jurisdiction, unless it could be said that even if Italian witnesses were brought before him (and none were so brought) he would exclude their evidence because of its character and not because of its allegedly irrelevant quality in the particular circumstances.

Third, the procedural remedies of the domestic court, invoked by way of review or appeal of rulings of an Extradition Judge, owe nothing to the *Extradition Treaty*. None of the Treaty’s terms affect the review or appeal procedures of the domestic court. It is the domestic law alone that determines what review or other remedies can be brought to bear upon extradition rulings or extradition decisions.

In my opinion, therefore, the Courts below were right in holding that mandamus did not lie.

#### Was any other form of relief available?

In the course of argument by the appellant, a question was put from the Bench as to whether

«Conscient de la responsabilité que vous assumez devant Dieu<sup>1</sup> et devant les hommes, jurez-vous de dire toute la vérité et rien d’autre que la vérité?»

N’est pas admis à prêter serment celui qui, au moment où il dépose, n’a pas terminé la quatorzième année. Néanmoins, le juge l’aviserait de l’obligation de dire toute la vérité, rien que la vérité, et lui fera savoir quelles mesures peuvent être prescrites à l’endroit des mineurs de quatorze ans qui commettent un fait que la loi qualifie de délit (224 C. pénal).

<sup>(1)</sup> La Cour constitutionnelle, par décision du 10 octobre 1979, n° 117, a inséré à cet endroit l’incise «si le témoin est croyant».

L’avocat de l’appelant fait valoir que le juge Addy a eu tort de se référer à l’art. 449 et qu’il ressortait de prime abord du témoignage de l’expert qu’en droit italien on ne peut déposer sous serment qu’au procès, c.-à-d. à l’audience publique et non devant un juge d’instruction. Même en admettant qu’en l’espèce l’art. 449 ne peut être invoqué pour présenter un élément de preuve sous forme d’affidavit, je ne puis considérer la décision du juge Boilard comme un refus d’exercer sa compétence, à moins qu’il ne soit possible de dire que, même si on avait cité des témoins italiens devant lui (et ce n’est pas le cas), il aurait écarté leurs témoignages en raison de leur nature et non pas en raison de leur prétendu manque de pertinence en l’espèce.

En troisième lieu, les redressements en matière de procédure qui peuvent être invoqués devant une cour du pays par voie d’examen ou d’appel des décisions d’un juge d’extradition n’ont rien à voir avec le *Traité d’extradition*. Aucune disposition du Traité ne touche les procédures d’examen ou d’appel de la cour du pays saisi de la demande d’extradition. Seul le droit interne de ce pays détermine les recours, que ce soit par voie d’examen ou autrement, qui peuvent être exercés à l’encontre des décisions en matière d’extradition.

J’estime donc que c’est à bon droit que les cours d’instance inférieure ont statué qu’il n’y a pas lieu à *mandamus*.

#### Existe-t-il un autre recours?

Au cours de la plaidoirie de l’appelant, la Cour s’est demandé s’il serait possible de procéder à

review of judge Boilard's ruling could be obtained by an invocation of the Federal Court of Appeal's jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act*. That provision reads as follows:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

(2) Any such application may be made by the Attorney General of Canada or any party directly affected by the decision or order by filing a notice of the application in the Court within ten days of the time the decision or order was first communicated to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to that party by the board, commission or other tribunal, or within such further time as the Court of Appeal or a judge thereof may, either before or after the expiry of those ten days, fix or allow.

(3) Where the Court of Appeal has jurisdiction under this section to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order.

(4) A federal board, commission or other tribunal to which subsection (1) applies may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Court of Appeal for hearing and determination.

(5) An application or reference to the Court of Appeal made under this section shall be heard and determined without delay and in a summary way.

l'examen de la décision du juge Boilard en invoquant la compétence de la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cet article se lit comme suit:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

(2) Une demande de ce genre peut être faite par le procureur général du Canada ou toute partie directement affectée par la décision ou l'ordonnance, par dépôt à la Cour d'un avis de la demande dans les dix jours qui suivent la première communication de cette décision ou ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à cette partie par l'office, la commission ou autre tribunal, ou dans le délai supplémentaire que la Cour d'appel ou un de ses juges peut, soit avant soit après l'expiration de ces dix jours, fixer ou accorder.

(3) Lorsque, en vertu du présent article, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, la Division de première instance est sans compétence pour connaître de toute procédure relative à cette décision ou ordonnance.

(4) Un office, une commission ou un autre tribunal fédéral auxquels s'applique le paragraphe (1) peut, à tout stade de ses procédures, renvoyer devant la Cour d'appel pour audition et jugement, toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

(5) Les demandes ou renvois à la Cour d'appel faits en vertu du présent article doivent être entendus et jugés sans délai et d'une manière sommaire.



(6) Notwithstanding subsection (1), no proceeding shall be taken thereunder in respect of a decision or order of the Governor in Council, the Treasury Board, a superior court or the Pension Appeals Board or in respect of a proceeding for a service offence under the *National Defence Act*.

If I am correct in my assessment of the present case as involving an interlocutory proceeding, a question arises whether it may be the subject of review under s. 28(1). The case law in the Federal Court, and especially in the Federal Court of Appeal, has tended to the view that a "decision or order" under s. 28(1) means a final determination: see Mullan, *The Federal Court Act: Administrative Law Jurisdiction* (1977), at pp. 22 *et seq.*, prepared for the Law Reform Commission of Canada. I am far from wishing to be categorical on this issue because to explore it would be wrong when there was no consideration given to it in the Federal Court of Appeal and when counsel for the respondent asserted that he was taken by surprise when the matter was raised.

It would be improper, therefore, to turn this mandamus proceeding into something else not heretofore considered. I should not leave s. 28 without adverting to the provisions of s. 28(4) but, again, I cannot consider this to be before this Court for the determination of its application here.

#### The admissibility of the evidence

Although my view that mandamus does not lie is enough to dispose of this appeal here, as it was similarly disposed of in the Federal Court of Appeal, the substantive issue is of considerable importance and deserves to be addressed, as it was by counsel before this Court and as it was by Addy J. at first instance in the Federal Court. Moreover, since the extradition hearing has not yet concluded and remains alive before judge Boilard, a multiplicity of proceedings will be avoided if the merit of his ruling is reviewed now rather than awaiting a final decision from him on the request for extradition.

(6) Nonobstant le paragraphe (1), aucune procédure ne doit être instituée sous son régime relativement à une décision ou ordonnance du gouverneur en conseil, du conseil du Trésor, d'une cour supérieure ou de la Commission d'appel des pensions ou relativement à une procédure pour une infraction militaire en vertu de la *Loi sur la défense nationale*.

Si j'ai raison de conclure qu'il s'agit en l'espèce d'une procédure interlocutoire, la question se pose de savoir si cette procédure peut faire l'objet d'un examen en vertu du par. 28(1). Les arrêts de la Cour fédérale, et plus particulièrement de la Cour d'appel fédérale, tendent à considérer que l'expression «décision ou ordonnance» au par. 28(1) s'entend d'une décision définitive: voir Mullan, *The Federal Court Act: Administrative Law Jurisdiction* (1977), aux pp. 22 *et suiv.*, un document rédigé pour la Commission de réforme du droit du Canada. Je ne veux surtout pas me prononcer de façon catégorique sur cette question, car j'aurais tort de l'explorer alors que la Cour d'appel fédérale ne l'a pas fait et que l'avocat de l'intimé a déclaré avoir été pris au dépourvu au moment où ce point a été soulevé.

Il serait donc inapproprié de transformer cette procédure de *mandamus* en un autre type de procédure dont il n'a pas été question jusqu'ici. Je me dois, avant d'en finir avec l'art. 28, de signaler les dispositions du par. 28(4), mais, je le répète, j'estime qu'il n'y a pas lieu pour cette Cour de se prononcer sur son application en l'espèce.

#### La recevabilité de la preuve

Même si, à l'instar de la Cour d'appel fédérale, mon opinion qu'il n'y a pas lieu à *mandamus* soit suffisante pour trancher ce pourvoi, la question de fond revêt une importance considérable et mérite donc que nous l'abordions de la même façon que l'ont fait les avocats en cette Cour et, pour la première fois, le juge Addy en Cour fédérale. En outre, étant donné que l'audience d'extradition n'est pas encore terminée et que le juge Boilard demeure saisi de la question, il sera possible d'éviter une multiplicité de procédures en examinant maintenant le bien-fondé de sa décision plutôt que d'attendre sa décision définitive concernant la demande d'extradition.

There are two critical questions that must be answered in assessing the correctness of judge Boilard's ruling and its affirmation by judge Addy. The first is whether article XI of the *Extradition Treaty* is an exclusive reference to admissible documents or depositions, and only if taken on oath and authenticated by oath or by official seal, or whether it permits also documents or depositions taken on affirmation and, if not, whether the provisions of article XI may be supplemented by reference to s. 16 of the *Extradition Act*. For convenience of assessment of these matters, I reproduce again the aforesaid article XI and s. 16, which are as follows:

#### ARTICLE XI.

In the examinations to be made in conformity with the preceding stipulations, the authorities of the State to which the demand is addressed shall admit, as entirely valid evidence, the documents and depositions taken on oath in the other State, or copies of them, and likewise the warrants and sentences issued there; provided that such documents are signed or certified by a Judge, Magistrate, or Officer of such State, and are authenticated by the oath of some witness, or stamped with the official seal of the Department of Justice or some other Department of State.

16. Depositions or statements taken in a foreign state on oath, or on affirmation, where affirmation is allowed by the law of the state, and copies of such depositions or statements and foreign certificates of, or judicial documents stating the fact of conviction, may, if duly authenticated, be received in evidence in proceedings under this Part.

The second question is whether there is a paramount public policy or other limitation in Canadian law which would preclude acceptance of the depositions proffered in this case if they were otherwise admissible.

In my opinion, even if it be the case that article XI of the *Extradition Treaty* must, in literal compliance with its terms, be limited to depositions taken on oath, I would not regard it as inconsistent to supplement article XI by the provisions of s. 16 of the *Extradition Act* which provides for depositions

Pour évaluer la justesse de la décision du juge Boilard et de sa confirmation par le juge Addy, il est nécessaire de répondre à deux questions cruciales. La première est de savoir si l'article XI du *Traité d'extradition* ne vise que des documents ou dépositions qui ne sont recevables que s'ils sont recueillis sous serment et authentifiés par serment ou par cachet officiel, ou bien si cet article admet également les documents ou les dépositions recueillis sous affirmation et, dans la négative, s'il est possible de compléter les dispositions de l'article XI par un renvoi à l'art. 16 de la *Loi sur l'extradition*. Afin de faciliter l'examen de ces questions, je reproduis de nouveau les articles XI et 16 susmentionnés qui se lisent comme suit:

#### ARTICLE XI.

Dans les interrogatoires qui auront lieu, conformément aux stipulations précédentes, les autorités de l'Etat auquel la demande d'extradition aura été faite, devront admettre comme preuves tout-à-fait valides, les documents et dépositions attestés sous serment dans l'autre Etat, ou des copies de ces papiers ainsi que les mandats et jugements émis et rendus dans ce même Etat; pourvu que ces documents soient signés ou certifiés par un juge, magistrat ou officier de cet Etat, et soient authentiqués sous serment d'un témoin ou portant le timbre officiel du ministère de la justice ou de quelqu'autre ministère d'Etat.

16. Les dépositions ou déclarations reçues dans un Etat étranger, sous serment ou sous affirmation, si l'affirmation est permise par la loi de cet Etat, et les copies de ces dépositions ou déclarations, et les certificats ou les pièces judiciaires étrangers établissant le fait d'une déclaration de culpabilité, peuvent, s'ils sont régulièrement légalisés, être reçus en preuve dans toutes procédures en vertu de la présente Partie.

La seconde question qui se pose consiste à déterminer s'il existe en droit canadien une politique générale prépondérante ou une autre restriction qui empêche l'acceptation des dépositions présentées en l'espèce, qui autrement seraient recevables.

A mon avis, même dans l'hypothèse où l'article XI du *Traité d'extradition* devrait, selon une interprétation littérale, s'appliquer uniquement aux dépositions recueillies sous serment, je ne considérerais pas qu'il serait contradictoire de le compléter par les dispositions de l'art. 16 de la *Loi sur*

tions taken in a foreign state to be either on oath or on affirmation where affirmation is there allowed. This does not advance the matter when there is no express provision for affirmations as there is none for sworn depositions under Italian law in proceedings before a *juge d'instruction*. It remains to consider whether what occurred here may be regarded as an equivalent in applying considerations of comity.

I come in this respect to the recent judgment of the English Queen's Bench Division in *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Singh, supra*. It involved *habeas corpus* challenging a warrant of committal for the extradition of the applicant Singh to Norway where he was wanted in respect of various drug offences. The *Extradition Treaty* between Great Britain and Norway was also concluded in 1873 and includes article X which is in terms similar to article XI of the Treaty with Italy involved here. Both Ackner L.J. and Skinner J. who heard the application were of the opinion that the words "sworn depositions or statements of witnesses" should be construed as extending to affirmations. They so held on the basis of giving an extradition treaty a liberal construction and, to a degree, on the basis of the course of English legislation which recognized affirmations although not brought directly into the Treaty. After the Treaty was signed on June 26, 1873 but prior to an implementing Order in Council on September 13, 1873, the *Extradition Act, 1873* was passed on August 5, 1873 and it provided as follows in s. 4:

... the provisions of the principal Act relating to depositions and statements on oath taken in a foreign state, and copies of such original depositions and statements, do and shall extend to affirmations taken in a foreign state, and copies of such affirmations.

The critical question then became whether the depositions taken from witnesses in Norway involved affirmations. Section 168 of the Norwegian *Penal Code* provided a penalty of imprison-

*l'extradition* qui prévoit que les dépositions reçues dans un Etat étranger peuvent avoir été faites sous serment ou sous affirmation, si l'affirmation est permise dans cet Etat. Nous ne sommes pas plus avancés en constatant qu'en droit italien, il n'y a aucune disposition qui prévoit expressément des affirmations, non plus que des dépositions sous serment dans les procédures devant un juge d'instruction. Il reste à déterminer si, en appliquant les considérations de la courtoisie internationale, on peut considérer que ce qui s'est produit en l'espèce constitue une situation équivalente.

Je me réfère à ce propos à l'arrêt récent de la Division du Banc de la Reine anglaise *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Singh*, précité. Il s'agissait en l'espèce d'une requête en *habeas corpus* à l'encontre d'un mandat de dépôt décerné aux fins d'extrader en Norvège le demandeur Singh qui y était recherché relativement à diverses infractions en matière de stupéfiants. Le *Traité d'extradition* entre la Grande-Bretagne et la Norvège, lui aussi conclu en 1873, comporte un article X semblable à l'article XI du *Traité avec l'Italie* dont il est question en l'espèce. Le lord juge Ackner et le juge Skinner, qui ont été saisis de la requête, ont tous deux exprimé l'avis que les mots [TRADUCTION] «dépositions ou déclarations de témoins faites sous serment» doivent s'interpréter comme comprenant les affirmations. Leur conclusion se fonde sur l'interprétation libérale d'un traité d'extradition et, dans une certaine mesure, sur la législation anglaise qui reconnaît les affirmations, même si le *Traité* n'en fait pas mention expresse. Après la signature du *Traité* le 26 juin 1873, mais avant sa mise en vigueur par décret du conseil en date du 13 septembre 1873, il y a eu, le 5 août 1873, adoption de l'*Extradition Act, 1873* dont l'art. 4 se lit comme suit:

[TRADUCTION] ... les dispositions de la loi principale relatives aux dépositions et aux déclarations sous serment recueillies dans un Etat étranger, ainsi qu'aux copies de ces dépositions et déclarations, s'appliquent aux affirmations reçues dans un Etat étranger et aux copies de ces affirmations.

Il importait alors de déterminer si les dépositions recueillies en Norvège constituaient des affirmations. L'article 168 du *Code pénal* norvégien rend passible d'une peine d'emprisonnement qui-

ment for giving false testimony before a Court, the prosecution or other public authority. The Norwegian *Penal Code* also forbade the taking of an oath by persons who, *inter alia*, were under suspicion of guilt of the act which is the subject of investigation. Here the depositions were by accomplices, and hence they could not be sworn. However, they accepted that the statements that they had made were accurate; the statements were dictated into the court record by the judges and they were signed by the witnesses. Three of the witnesses later stated that they were aware of the penal consequences if false testimony was given and the fourth said that he did not know of the penal provision when he gave his evidence but said it would have been the same even if he had known of it and he repeated that he had told the truth.

Both judges in the *Singh* case held the depositions to be admissible as affirmations. Ackner L.J. said this (at p. 27):

... it is agreed that the mere signature to a document or the verbal acknowledgment that its contents are correct cannot amount to an affirmation. Where then is the line to be drawn?

The answer cannot be precise: it must be a matter of fact and degree dependent on the particular circumstances of the case. I do not consider that the affirmation need take place prior to the making of the statement. What is required, where the statement has been made, is its adoption in circumstances which recognise the gravity and importance of the truth being told on the particular occasion. I would not necessarily accept that the mere acknowledgment, albeit before a judicial authority, that what has been previously said is the truth would amount to an affirmation. But in this case the acknowledgment before the judicial authority was made after the terms or the substance of s 168 of the Norwegian Penal Code was drawn to the attention of each of the alleged accomplices. The fact that the provisions of this section were not drawn to their attention initially when they appeared before the judge does not seem to me, in the circumstances of this case, to make any material difference. They were brought back before the court within a very short time of their initial appearance and their subsequent acknowledgment in the circumstances which I have described of the truth of what they had previously said amounted, in my judgment, to a sufficient acknowledgment.

conque rend un faux témoignage devant une cour, le ministère public ou toute autre autorité publique. Le *Code pénal* norvégien interdit en outre la prestation d'un serment par des personnes qui, notamment, sont soupçonnées d'avoir commis l'infraction qui fait l'objet de l'enquête. Or, comme il s'agissait de dépositions de complices, elles n'ont pu être faites sous serment. Ceux-ci ont toutefois reconnu l'exactitude de leurs déclarations et les juges ont ordonné que soient versées au dossier de la cour ces déclarations signées par les témoins. Trois de ces derniers ont affirmé par la suite être conscients des peines auxquelles ils s'exposaient en cas de faux témoignage et le quatrième, qui a déclaré qu'au moment de sa déposition il ignorait l'existence de la disposition pénale, mais que même s'il en avait eu connaissance son témoignage aurait été le même, a répété qu'il avait dit la vérité.

L'un et l'autre juge dans l'affaire *Singh* ont statué que les dépositions pouvaient être reçues à titre d'affirmations. Voici ce qu'en dit le lord juge Ackner (à la p. 27):

[TRADUCTION] ... les parties conviennent que la simple signature d'un document ou la reconnaissance verbale de l'exactitude de son contenu ne peut constituer une affirmation. Où donc faut-il tracer la ligne de démarcation?

Il ne peut y avoir de réponse précise. Il s'agit nécessairement d'une question de fait et de degré dont la solution dépend des circonstances particulières de l'espèce. Je ne suis pas d'avis que l'affirmation doit être faite avant la déclaration. Ce qu'il faut, dès lors qu'il y a eu une déclaration, c'est qu'elle soit adoptée dans des circonstances où on reconnaît particulièrement l'importance de dire la vérité. Je n'accepterais pas nécessairement comme une affirmation la simple reconnaissance, même devant une autorité judiciaire, de la véracité d'une déclaration antérieure. Mais en l'espèce, la reconnaissance devant l'autorité judiciaire a été faite après qu'on eut attiré l'attention de chacune des personnes soupçonnées d'être des complices sur les dispositions de fond de l'art. 168 du *Code pénal* norvégien. L'omission d'attirer leur attention sur les dispositions de cet article au début, lorsqu'elles ont comparu devant le juge, ne revêt, selon moi, aucune importance particulière en l'espèce. Très peu de temps après leur première comparution, on les a traduites de nouveau devant la cour et leur reconnaissance subséquente, dans les circonstances que j'ai décrites, de la véracité de leurs déclarations antérieures constitue, à mon avis, une reconnaissance suffisante.

I am of the opinion that this Court should take the same liberal view here with respect to the depositions of Lepri and Cipullo. Each was warned of his duty to tell the truth and each was aware of penal consequences if he did not. Each signed his deposition which was duly authenticated by a *juge d'instruction*. However, those considerations do not apply to Conforto. The consequences, not penal, in her case were merely that her evidence might be acted on by the trial judge to convict the accused; she herself was in no jeopardy and she had not accepted any obligation to tell the truth. In my opinion, therefore, her deposition was not admissible before the Extradition Judge.

Counsel for the respondent Piperno relied on *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Kirby*, [1979] 2 All E.R. 1094. That case had to do with the contents of the evidence brought by way of deposition before the Extradition Judge and with its consequent admissibility. It was inadmissible because under the English *Fugitive Offenders Act 1967* it did not satisfy admissibility under English rules of evidence which applied to extradition proceedings. The *Kirby* case is of no assistance here nor is the judgment of the House of Lords in *Government of Australia v. Harrod*, [1975] 1 W.L.R. (U.K.) 745, which dealt with matters not involved in the present proceeding.

For the foregoing reasons, it is my opinion that the Lepri and Cipullo depositions are admissible but not that of Conforto.

I would, however, dismiss the appeal on the ground that *mandamus* does not lie. The respondent is entitled to costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Joseph Nuss, Montreal.*

*Solicitors for the respondents: Pierre Poupart and Michel F. Denis, Montreal.*

J'estime que cette Cour doit adopter en l'espèce le même point de vue libéral relativement aux dépositions de Lepri et Cipullo. Chacun a été averti de l'obligation de dire la vérité et chacun connaissait les peines liées à l'omission de le faire. Chacun a signé sa déposition qu'un juge d'instruction a dûment authentifiée. Ces considérations ne s'appliquent cependant pas à Conforto. Celle-ci ne se rendait passible d'aucune peine, les seules conséquences dans son cas étant que le juge du procès pourrait éventuellement se fonder sur son témoignage pour conclure à la culpabilité de l'accusé; elle ne courait elle-même aucun risque et n'avait souscrit à aucune obligation de dire la vérité. J'estime donc que sa déposition est irrecevable devant le juge d'extradition.

L'avocat de l'intimé Piperno s'appuie sur l'arrêt *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Kirby*, [1979] 2 All E.R. 1094. Cette affaire portait sur le contenu de la preuve soumise par voie de déposition devant le juge d'extradition et, par conséquent, sur sa recevabilité. Cette preuve a été déclarée irrecevable parce que, suivant la *Fugitive Offenders Act 1967* d'Angleterre, elle ne satisfaisait pas aux normes de recevabilité établies par les règles anglaises en matière de preuve qui s'appliquent aux procédures d'extradition. L'arrêt *Kirby* ne nous est d'aucun secours en l'espèce non plus que l'arrêt de la Chambre des Lords *Government of Australia v. Harrod*, [1975] 1 W.L.R. (U.K.) 745, qui traite de questions dont nous ne sommes pas saisis dans la présente instance.

Pour ces motifs, j'estime que les dépositions de Lepri et Cipullo sont recevables, mais non celle de Conforto.

Je suis toutefois d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif qu'il n'y a pas lieu à *mandamus*. L'intimé a droit aux dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelant: Joseph Nuss, Montréal.*

*Procureurs des intimés: Pierre Poupart et Michel F. Denis, Montréal.*

**Antonio Flamand** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 15943.

1982: February 25; 1982: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Contempt of court — Charges of indecent assault — Impartiality of trial judge questioned — Statements by accused at trial do not constitute contempt of court — Contempt of court procedure not followed.*

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec dismissing the appellant's appeal from his conviction of contempt of court by a judge of the Court of the Sessions of the Peace. Appeal allowed.

*Guy Bertrand, Q.C.*, for the appellant.

*Bernard Laprade and Jean Morin*, for the respondent.

THE COURT—We are all of the opinion that this appeal must be allowed for the reasons given by Mayrand J.A., in the Court of Appeal of Quebec, reported at (1980), 57 C.C.C. (2d) 366. The judgment of the Court of Appeal is accordingly set aside and an acquittal is entered of the conviction on a charge of contempt in the face of the Court.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Bertrand, Otis, Grenier & Larochelle, Quebec.*

*Solicitors for the respondent: Jean Morin and Bernard Laprade, Montreal.*

**Antonio Flamand** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 15943.

1982: 25 février; 1982: 2 mars.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Outrage au tribunal — Accusations d'attentat à la pudeur — Impartialité du juge du procès mise en doute — Déclarations de l'accusé à l'audience ne constituant pas un outrage au tribunal — Non respect de la procédure de l'outrage au tribunal.*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a rejeté un appel de l'appelant condamné pour outrage au tribunal par un juge de la Cour des sessions de la paix. Pourvoi accueilli.

<sup>e</sup> *Guy Bertrand, c.r.*, pour l'appellant.

*Bernard Laprade et Jean Morin*, pour l'intimée.

<sup>f</sup> LA COUR—Nous sommes tous d'avis que le présent pourvoi doit être accueilli pour les motifs qu'a prononcés le juge Mayrand de la Cour d'appel du Québec, publiés à (1980), 57 C.C.C. (2d) 366. L'arrêt de la Cour d'appel est par conséquent infirmé et un acquittement est prononcé quant à l'accusation d'outrage au tribunal.

*Jugement en conséquence.*

<sup>h</sup> *Procureurs de l'appellant: Bertrand, Otis, Grenier & Larochelle, Québec.*

*Procureurs de l'intimée: Jean Morin et Bernard Laprade, Montréal.*

**Dairy Producers Co-Operative Limited, of the City of Prince Albert, in the Province of Saskatchewan (Respondent) Appellant;**

and

**Clarence Lyons, of the City of Saskatoon, in the Province of Saskatchewan, on his own behalf and on behalf of all members of United Food and Commercial Workers (formerly Canadian Food and Allied Workers) (Appellant) Respondent.**

File No.: 16418.

1982: February 22; 1982: March 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Labour relations — Arbitration — Dismissal — Collective agreement allowing reinstatement with compensation in cases of unjust dismissal — Severity of penalty in relation to infraction — Authority of Board to order reinstatement but without compensation — The Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 25(3).*

This appeal arose out of a discharge grievance pursued to arbitration under the terms of a collective agreement. The arbitration board did not sustain the penalty of dismissal and ordered reinstatement but without payment of wages or commission for the time between dismissal and reinstatement. The Court of Appeal allowed an appeal from an order dismissing the union's application to quash that part of the arbitration board's decision denying the grievor compensation. Unlike the lower court, the Court of Appeal considered s. 25(3) of *The Trade Union Act*, which provided for the substitution of a lesser penalty, to be inapplicable, in the absence of a specific penalty for a particular infraction being imposed by the collective agreement.

*Held:* The appeal should be allowed.

In discharge cases, the cause and penalty are inter-related, and unless the infraction carries a specified penalty which may be discharged, there is no escape from the application of s. 25(3) to enable the arbitration board to substitute a lesser penalty when it concludes that the penalty of dismissal could not be sustained. In view of the board's finding, it was open to it to impose a lesser penalty as authorized by s. 25(3).

**Dairy Producers Co-Operative Limited, de la ville de Prince Albert, province de la Saskatchewan (Intimée) Appelante;**

et

**Clarence Lyons, de la ville de Saskatoon, province de la Saskatchewan, personnellement et au nom de tous les membres de United Food and Commercial Workers (auparavant Canadian Food and Allied Workers) (Appelant) Intimé.**

N° du greffe: 16418.

1982: 22 février; 1982: 18 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Relations de travail — Arbitrage — Congédiement — La convention collective permet la réintégration avec rémunération dans les cas de congédiement injuste — Sévérité de la sanction par rapport à l'infraction — Pouvoir du conseil d'ordonner la réintégration mais sans rémunération — The Trade Union Act, R.S.S. 1978, chap. T-17, art. 25(3).*

Ce pourvoi résulte d'un grief de congédiement qui a été soumis à l'arbitrage conformément à une convention collective. Le conseil arbitral n'a pas confirmé le congédiement et a ordonné la réintégration mais sans paiement de salaire ou de commissions pour la période entre le congédiement et la réintégration. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé à l'encontre d'une ordonnance rejetant la demande du syndicat d'annuler la partie de la sentence du conseil arbitral qui privait le plaignant de sa rémunération. Contrairement à la cour d'instance inférieure, la Cour d'appel a conclu que le par. 25(3) de *The Trade Union Act*, qui permet la substitution d'une sanction moindre, ne s'applique pas si la convention collective n'impose pas une sanction précise pour une infraction déterminée.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Dans les cas de renvoi, le motif et la sanction sont intimement liés, et à moins que l'infraction n'entraîne une sanction précise qui peut être imposée, on ne peut échapper à l'application du par. 25(3) qui permet au conseil arbitral de substituer une sanction moindre lorsqu'il conclut qu'il n'y a pas lieu de confirmer la sanction de congédiement. Compte tenu de la décision du conseil arbitral, ce dernier pouvait imposer une sanction moindre comme le permet le par. 25(3).

*Port Arthur Shipbuilding Company v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85, distinguished.

APPEAL from a decision of the Saskatchewan Court of Appeal, [1981] 2 W.W.R. 496; (1980), 117 D.L.R. (3d) 212; 5 Sask. R. 277, allowing an appeal from an order of Noble J. dismissing an application to quash part of an award made by an arbitration board. Appeal allowed.

*Ronald Barclay, Q.C.*, and *L. B. LeBlanc*, for the appellant.

*George Taylor, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal, which is here by leave of this Court, arises out of a discharge grievance which was pursued to arbitration under the terms of a collective agreement between the appellant employer and an employee union now known as the United Food and Commercial Workers. The dismissal was contested on the one hand and supported on the other but, after a hearing at which evidence was adduced and witnesses examined and cross-examined and submissions made, the arbitration board, in short reasons found that “it cannot sustain the penalty of dismissal, particularly in the presence of the Employer’s evidence that the grievor was not dismissed for theft”. The arbitration board ordered immediate reinstatement without loss of seniority “but because of all the circumstances presented to and considered by the Board without payment of any wages or commission between the time of dismissal and reinstatement as herein required”. The result was that the grievor was disciplined by loss of pay and commission for a fourteen-month period.

The assigned reason for discharge was that the grievor, who was a driver-salesman for the employer, had “altered figures on his load sheet”. Article 6 of the collective agreement sets out the grievance procedure up to and including arbitration. Sections 4 and 5 of the article read as follows:

Jurisprudence: distinction faite avec l’arrêt *Port Arthur Shipbuilding Company c. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan, [1981] 2 W.W.R. 496; (1980), 117 D.L.R. (3d) 212; 5 Sask. R. 277, qui a accueilli l’appel d’une ordonnance du juge Noble rejetant une demande d’annulation d’une partie d’une sentence prononcée par un conseil arbitral. Pourvoi accueilli.

*Ronald Barclay, c.r.*, et *L. B. LeBlanc*, pour l’appelante.

*George Taylor, c.r.*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi, interjeté avec l’autorisation de cette Cour, résulte d’un grief de congédiement qui a été soumis à l’arbitrage conformément à une convention collective entre l’employeur appelant et le syndicat maintenant connu sous le nom de United Food and Commercial Workers. Le congédiement a été contesté d’une part et défendu d’autre part, mais après une audition où on a produit des preuves, interrogé et contre-interrogé des témoins et plaidé, le conseil arbitral a conclu dans de brefs motifs qu’[TRADUCTION] «il ne peut confirmer le congédiement, compte tenu en particulier du témoignage de l’employeur que le plaignant n’a pas été congédié pour vol». Le conseil arbitral a ordonné qu’il soit immédiatement rétabli dans ses fonctions sans perte d’ancienneté [TRADUCTION] «mais compte tenu des circonstances soumises au conseil et examinées par lui, sans paiement de salaire ou de commissions entre la date du congédiement et celle de la réintégration requise aux présentes». En conséquence, le plaignant a subi comme sanction la perte de salaire et de commissions pour une période de quatorze mois.

La raison qu’on a donnée pour le congédiement était que le plaignant, qui était chauffeur et vendeur pour l’employeur, avait [TRADUCTION] «modifié des chiffres sur sa feuille de chargement». La clause 6 de la convention collective énonce la procédure de grief y compris la procédure d’arbitrage. Les articles 4 et 5 de cette clause se lisent:



4. If an employee is dismissed for any reason whatsoever and feels that he has been unjustly dealt with, he shall within 48 hours (exclusive of Saturdays, Sundays and Statutory Holidays) from receipt of notice of dismissal, notify the grievance committee, who shall within a further 24 hours (exclusive of Saturdays, Sundays and Statutory Holidays) notify the Company in writing. The dismissal shall then constitute a grievance and shall be dealt with according to the grievance procedure, beginning with the second step. If subsequently it is decided that the employee was unjustly dismissed, he shall be reinstated in his former position and shall be paid for this period during which he has not worked as if he had not been dismissed.

5. When settlement is reached at any stage of these proceedings, such decision shall be final and binding. It is understood that no decision will be made unless representatives of the Union be present.

Further provision for dismissals is made by article 12(12)(a) which is in these terms:

12. (a) Dismissal for Cause: Drunkenness, Dishonesty, abuse of equipment, absence without good reason and permission where practical and possible to obtain the same, shall be reasons for dismissal.

All charges must be proven. Notice of Dismissal shall be in the hands of the Committee, hereinbefore referred to, within twenty-four (24) hours after action has been taken. Any employee suspended or discharged upon grounds which, after investigation are found to be insufficient, shall be reinstated to his position and shall receive full pay for the time lost. Protest regarding the dismissal of any employee shall be given by the Committee, in writing, to the Branch Manager, within twenty-four (24) hours after the notice of dismissal has been given to the Committee.

Arbitration of grievances which remain unsettled is prescribed by article 6(2)(d) in the following words:

2. The following procedure shall be applicable progressively to the adjustment of disputes or grievances:

(d) In case settlement is not reached in the third step, the matter will be referred immediately to arbitration by a board whose decision shall be final and binding. The Board shall consist of one member named by the Union, one named by the Company and third agreed upon by the two parties. In the event of failure to agree to a third party within one week, he shall be appointed by the Minister of Labour for the Province of Saskatchewan.

[TRADUCTION] 4. Si un employé est congédié pour une raison quelconque et estime qu'il a été traité injustement, il doit, dans les 48 heures (sans compter les samedis, dimanches et les fêtes légales) qui suivent la réception de l'avis de congédiement, en informer le comité des griefs qui doit, dans les 24 heures qui suivent (sans compter les samedis, les dimanches et les fêtes légales) en donner avis écrit à la compagnie. Le congédiement constitue alors un grief et doit être soumis à la procédure de grief, en commençant à la deuxième étape. S'il est décidé par la suite que l'employé a été congédié de façon injuste, il doit être rétabli dans ses fonctions antérieures et doit être payé pour la période durant laquelle il n'a pas travaillé comme s'il n'avait pas été congédié.

5. Si un règlement intervient à un stade quelconque de ces procédures, cette décision est finale et exécutoire. Il est entendu qu'aucune décision ne doit être prise sans la présence d'un représentant du syndicat.

<sup>d</sup> La clause 12(12)a) suivante vise d'autres cas de renvois:

[TRADUCTION] 12. a) Congédiement motivé: L'ivresse, la malhonnêteté, le dommage causé au matériel, l'absence sans motif valable et sans permission lorsqu'il est possible de l'obtenir, sont des motifs de congédiement.

La preuve des accusations doit être faite. L'avis de congédiement doit être remis au comité déjà mentionné dans les vingt-quatre (24) heures qui suivent. Un employé suspendu ou congédié pour des motifs qui, après enquête, sont jugés insuffisants, doit être rétabli dans ses fonctions et recevoir son plein salaire pour les heures de travail perdues. Le comité doit remettre par écrit au gérant de succursale la contestation relative au congédiement d'un employé dans les vingt-quatre (24) heures qui suivent la réception de l'avis de congédiement.

L'arbitrage des griefs qui n'ont pas fait l'objet d'un règlement est prévu comme suit à la clause 6(2)d):

[TRADUCTION] 2. La procédure qui suit s'applique par étape au règlement des litiges ou des griefs:

<sup>i</sup> <sup>j</sup> d) Si aucun règlement n'intervient à la troisième étape, la question est immédiatement déférée à l'arbitrage d'un conseil dont la décision est finale et exécutoire. Le conseil est composé d'un membre nommé par le syndicat, d'un membre nommé par la compagnie et d'un troisième choisi par les deux parties. Si on ne peut s'entendre sur le choix du troisième membre en une semaine, il doit être nommé par le ministre du Travail

In case of the appointment of a third member to an Arbitration Board as provided in the preceding clause, any expense incurred as a result of the appointment of the third party shall be borne in equal shares by the Company and the Union. The third step may be eliminated where deemed desirable in the interest of an expeditious settlement. In the first two steps the aggrieved employee or employees may be present or not, as he or they choose.

Grievances may be submitted in writing in any step of the grievance procedure, should either party consider it desirable.

Following the arbitration board's decision, the Union applied to quash that part of the award which deprived the grievor of compensation for a fourteen-month period. Noble J. dismissed the application, holding that the board had the power under s. 25(3) of *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, to substitute a lesser penalty when, as that statutory provision stipulated, the collective agreement did not contain a specific penalty for the particular infraction. He held that that was the case here.

Section 25(3) reads as follows:

25. ...

(3) Where an arbitrator or arbitration board determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by an employer and the collective agreement governing in whole or in part the employment of the employee by the employer does not contain a specific penalty for the infraction that is the subject-matter of the arbitration, the arbitrator or arbitration board may substitute such other penalty for the discharge or discipline as to the arbitrator or arbitration board seems just and reasonable in the circumstances.

The Saskatchewan Court of Appeal, to which the Union appealed from the order of Noble J., held that s. 25(3) was inapplicable and went on to allow the appeal in the terms sought by the Union. The court took the view that the only question before the board of arbitration was whether the grievor had been unjustly dismissed, and it read the award as having so concluded. On this view, the only remedy was reinstatement with full compensation, as provided by article 6(4) of the collective agreement. In my opinion, this is too narrow an

de la province de la Saskatchewan. En cas de nomination du troisième membre du conseil arbitral de la façon prévue à la disposition qui précède, la compagnie et le syndicat se partagent les frais qu'occasionne la nomination du troisième membre du conseil. Lorsque les parties l'estiment souhaitable pour un règlement rapide, elles peuvent sauter la troisième étape. Les employés qui logent un grief peuvent être présents aux deux premières étapes, mais n'y sont pas tenus.

A toute étape de la procédure de grief, les griefs peuvent être soumis par écrit si une ou l'autre des parties l'estime souhaitable.

Après la sentence arbitrale, le syndicat a demandé l'annulation de la partie de la sentence qui privait le plaignant de sa rémunération pendant une période de quatorze mois. Le juge Noble a rejeté la demande et a conclu qu'en vertu du par. 25(3) de *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, chap. T-17, le conseil arbitral avait le pouvoir de substituer une sanction moindre lorsque, comme le prévoit cette disposition législative, la convention collective n'impose pas de sanction précise pour l'infraction dont il s'agit. Il a conclu que c'était le cas en l'espèce.

Le paragraphe 25(3) se lit comme suit:

25. ...

[TRADUCTION] (3) Lorsqu'un arbitre ou un conseil arbitral constate qu'un employé a été congédié ou que son employeur lui a infligé une autre sanction et que la convention collective qui s'applique en totalité ou en partie à l'emploi de l'employé ne prévoit aucune sanction précise pour l'infraction soumise à l'arbitrage, l'arbitre ou le conseil arbitral peut substituer au congédiement ou à la sanction toute autre sanction qu'il estime juste et raisonnable dans les circonstances.

La Cour d'appel de la Saskatchewan, saisie de l'appel interjeté par le syndicat de l'ordonnance du juge Noble, a conclu que le par. 25(3) ne s'appliquait pas et a accueilli l'appel suivant les conclusions recherchées par le syndicat. La Cour était d'avis que la seule question soumise au conseil arbitral était de savoir si le plaignant avait été injustement congédié, et elle a interprété la sentence arbitrale en ce sens. Dans cette optique, le seul redressement possible était la réintégration avec rémunération complète, comme le prévoit la

approach to the issue before the board of arbitration.

I do not think that there is any warrant in this case for applying the same strictures against the appellant employer that this Court applied against a union in *Port Arthur Shipbuilding Company v. Arthurs*, [1969] S.C.R. 85. If anything, s. 25(3) of the Saskatchewan *Trade Union Act* was designed to obviate a return to the draconian principle applied in that case, and there have been similar statutory responses in other provinces, as set out in the appendix to the employer's factum in this case. It is somewhat ironic that the Union here should press for a result in terms of the *Port Arthur Shipbuilding* case when the employer is content to submit to the larger remedial authority exercised by the board of arbitration.

In my opinion, the Saskatchewan Court of Appeal erred in its assessment of the issue in this case as being strictly one concerned with whether the grievor was unjustly dismissed, and it erred further in saying that the arbitration board must have so concluded when it ordered reinstatement. Article 6(4) speaks of a grievance against dismissal where the grievor feels that he has been "unjustly dealt with", a phrase which is certainly broad enough to entitle the employee to claim that discharge was too severe a penalty for the infraction alleged. Moreover, to say, as did the Saskatchewan Court of Appeal, that by ordering reinstatement the arbitration must have found unjust dismissal is to segment the award which must be considered as a whole.

It is, of course, clear from a reading of articles 6(4) and 12(12)(a) that there may be discharges within article 6(4) which are for reasons other than those specified in article 12(12)(a). Consequently, an arbitration board may find that if the assigned cause is outside of article 12(12)(a) it may merit a penalty less than discharge, and may accordingly substitute such a penalty under s. 25(3) of the Act. If the assigned cause for dismissal

clause 6(4) de la convention collective. A mon avis, c'est une façon trop étroite d'envisager la question soumise au conseil arbitral.

a Je crois qu'il n'y a rien en l'espèce qui justifie d'appliquer à l'égard de l'employeur appelant des règles aussi strictes que celles que cette Cour a appliquées à l'égard d'un syndicat dans l'affaire *Port Arthur Shipbuilding Company c. Arthurs*, [1969] R.C.S. 85. Si on peut établir un lien, on peut dire que le par. 25(3) de *The Trade Union Act* de la Saskatchewan a été conçu pour prévenir un retour au principe draconien appliqué dans cette affaire, et d'autres provinces ont pris des mesures législatives semblables, comme l'indique l'annexe du mémoire de l'employeur en l'espèce. Ironie de la situation, le syndicat en l'espèce cherche à obtenir une réponse semblable à celle donnée dans l'arrêt *Port Arthur Shipbuilding* alors que l'employeur accepte de se soumettre au pouvoir de redressement plus étendu qu'a exercé le conseil arbitral.

e A mon avis, la Cour d'appel de la Saskatchewan a commis une erreur en décidant que la question en litige en l'espèce consiste strictement à établir si le plaignant a été injustement congédié, et elle a en outre commis une erreur en disant que le conseil arbitral doit avoir conclu en ce sens lorsqu'il a ordonné la réintégration. La clause 6(4) parle d'un grief de congédiement lorsque le plaignant estime qu'il a été «traité injustement», une expression qui est certainement assez large pour permettre à l'employé de prétendre que le congédiement était une sanction trop sévère pour l'infraction qu'on lui reproche. De plus, si on dit, comme l'a fait la Cour d'appel de la Saskatchewan, qu'en ordonnant la réintégration, le conseil arbitral doit avoir conclu à un congédiement injuste, on divise la sentence arbitrale qui doit être considérée comme un tout.

De fait, il est évident, lorsqu'on lit les clauses 6(4) et 12(12)a), qu'il peut y avoir des renvois relevant de la clause 6(4) qui sont fondés sur d'autres motifs que ceux énoncés à la clause 12(12)a). En conséquence, un conseil arbitral peut estimer que si le motif invoqué n'est pas prévu à la clause 12(12)a), il peut entraîner une sanction moins sévère que le congédiement, et le conseil peut en conséquence y substituer cette sanction en

sal, whether within articles 6(4) or 12(12)(a) is not established at all, nothing meriting any discipline being established, the grievor is entitled to reinstatement without loss of compensation. If the assigned cause is established as coming within article 12(12)(a), then the arbitration board must sustain the dismissal. If the assigned cause is within article 6(4), the board may find that it deserves dismissal if established, or some lesser penalty because dismissal goes too far for the infraction. In this latter situation, it may act under s. 25(3) of the Act.

In discharge cases, the cause and the penalty are interrelated, and unless the infraction carries a specified penalty which may be discharge, I see no escape from the application of s. 25(3) to enable the board of arbitration to substitute a lesser penalty when it concludes, as it did here, that the penalty of dismissal could not be sustained.

Since the Saskatchewan Court of Appeal agreed with the view of Noble J. that the dismissal was not for any of the causes set out in article 12(12)(a), it is clear to me that, in view of the arbitration board's finding, it was open to it to impose a lesser penalty as authorized by s. 25(3) of the Act.

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal and restore the order of Noble J. The appellant is entitled to costs throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.*

*Solicitors for the respondent: Goldenberg, Taylor, Randall, Buckwold & Halstead, Saskatoon.*

vertu du par. 25(3) de la Loi. Si le motif de renvoi invoqué, qu'il soit prévu à la clause 6(4) ou à la clause 12(12)a), n'est aucunement établi, et qu'on n'établit aucun motif qui entraîne une mesure disciplinaire, le plaignant a le droit d'être rétabli dans ses fonctions sans perte de rémunération. Si on établit que le motif invoqué est l'un de ceux prévus à la clause 12(12)a), alors le conseil arbitral doit confirmer le renvoi. Si le motif invoqué relève de la clause 6(4), le conseil peut conclure que le renvoi s'impose si on en fait la preuve, ou il peut imposer une sanction moindre parce que le renvoi est trop sévère en regard de l'infraction. Dans ce dernier cas, il peut agir en vertu du par. 25(3) de la Loi.

Dans les cas de renvoi, le motif et la sanction sont intimement liés, et à moins que l'infraction n'entraîne une sanction précise qui peut être le renvoi, je ne vois pas comment on peut échapper à l'application du par. 25(3) qui permet au conseil arbitral de substituer une sanction moindre lorsqu'il conclut, comme en l'espèce, qu'il n'y a pas lieu de confirmer la sanction de congédiement.

Puisque la Cour d'appel de la Saskatchewan a souscrit à l'opinion du juge Noble que le congédiement n'a pas été imposé pour un des motifs énoncés à la clause 12(12)a), il me paraît évident que, compte tenu de la décision du conseil arbitral, ce dernier pouvait imposer une sanction moindre comme le permet le par. 25(3) de la Loi.

Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et de rétablir l'ordonnance du juge Noble. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: MacPherson, Leslie & Tyerman, Regina.*

*Procureurs de l'intimé: Goldenberg, Taylor, Randall, Buckwold & Halstead, Saskatoon.*

**André Leblanc** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 15864.

1982: March 2; 1982: March 18.

Present: Laskin C.J. and Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Breach of trust by a municipal officer — Municipal corruption — Criminal Code, ss. 111, 112(1)(f).*

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec affirming the conviction of appellant. Appeal dismissed.

*Clément N. Beauchamp*, for the appellant.

*Michel Pothier*, for the respondent.

THE COURT—We are all in agreement with the reasons for judgment of Kaufman and Lamer J.J.A., of the Quebec Court of Appeal, reported at [1979] C.A. 417.

The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Clément N. Beauchamp, Hull.*

*Solicitor for the respondent: Michel Pothier, Montreal.*

**André Leblanc** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 15864.

1982: 2 mars; 1982: 18 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

<sup>b</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Abus de confiance par un fonctionnaire municipal — Actes de corruption dans les affaires municipales — Code criminel, art. 111, 112(1)(f).*

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appelant. Pourvoi rejeté.

<sup>d</sup> *Clément N. Beauchamp*, pour l'appelant.

*Michel Pothier*, pour l'intimée.

<sup>e</sup> LA COUR—Nous sommes tous d'accord avec les motifs prononcés par les juges Kaufman et Lamer de la Cour d'appel du Québec, publiés à [1979] C.A. 417.

Le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant: Clément N. Beauchamp, Hull.*

<sup>g</sup> *Procureur de l'intimée: Michel Pothier, Montréal.*

**Louis Lamarche** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 15863.

1982: March 2; 1982: March 18.

Present: Laskin C.J. and Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Breach of trust by a municipal officer — Municipal corruption — Criminal Code, ss. 111, 112(1)(f).*

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, C.A. Mtl., No. 500-10-000062-774, Sept. 4, 1979, affirming the conviction of appellant. Appeal dismissed.

*Clément N. Beauchamp*, for the appellant.

*Michel Pothier*, for the respondent.

THE COURT—This case is practically identical to *Leblanc v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 344, and they have both been argued together. For the reasons given today in the latter case, the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Clément N. Beauchamp, Hull.*

*Solicitor for the respondent: Michel Pothier, Montréal.*

**Louis Lamarche** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 15863.

1982: 2 mars; 1982: 18 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

<sup>b</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Abus de confiance par un fonctionnaire municipal — Actes de corruption dans les affaires municipales — Code criminel, art. 111, 112(1)(f).*

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, C.A. Mtl., n° 500-10-000062-774, 4 sept. 1979, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appellant. Pourvoi rejeté.

*Clément N. Beauchamp*, pour l'appellant.

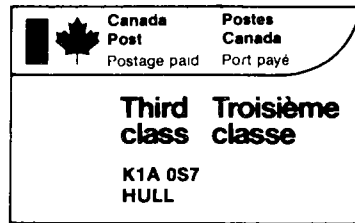
*Michel Pothier*, pour l'intimée.

<sup>e</sup> LA COUR—Il s'agit d'une affaire pratiquement identique à celle de *Leblanc c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 344, et elles ont été plaidées ensemble. Pour les motifs prononcés ce jour dans cette dernière affaire, le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appellant: Clément N. Beauchamp, Hull.*

<sup>g</sup> *Procureur de l'intimée: Michel Pothier, Montréal.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Printing Office,  
Supply and Services Canada,  
45 Sacré-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S7

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Imprimerie du gouvernement canadien,  
Approvisionnement et Services Canada,  
45, boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S7



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 3, 1982 Vol. 1**

**3<sup>e</sup> cahier, 1982 Vol. 1**

**Cited as [1982] 1 S.C.R. 347-552**

**Renvoi [1982] 1 R.C.S. 347-552**

---



Published by

BERNARD C. HOFLEY, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief

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

Editors

ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Editorial Assistants

MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
VICTORIA MASON

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Hull, Québec, Canada, K1A 0S9, together with the old address.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1982.

## CONTENTS

### **Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission ..... 443**

Unemployment insurance — Payments of vacation pay by employer into trust fund on behalf of employees — Appellant's trust benefits received while collecting unemployment insurance — Trust benefits allocated as earnings — Appellant's unemployment insurance benefits reduced — Whether payments from trust represented savings or vacation pay — Unemployment Insurance Regulations, SOR Cons. 1955, 2858, as amended, ss. 172(2), 173(1),(13),(14),(15),(16),(18) [currently C.R.C. 1978, c. 1576, ss. 57(2), 58(1),(13),(14),(15),(16), (18)].

### **Cardinal et al. v. The Queen ..... 508**

Interpretation — Indian Act — Degree of assent required for valid surrender of Indian lands — Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81, s. 49(1),(2),(3),(4).

Indians — Surrender of Indian lands — Consent required.

### **CRTC v. CTV Television Network Ltd. et al. .... 530**

Administrative law — CRTC jurisdiction — Condition on licence renewal — Program control — Whether condition subordinated to the regulation-making power — Whether CRTC failed to give proper notice of particular condition — Executive committee members participating in decision on renewal — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, 1974-75-76 (Can.), c. 49, s. 12.

### **CTV Television Network Ltd. v. CRTC et al. .... 530**

Administrative law — CRTC jurisdiction — Condition on licence renewal — Program control — Whether condition subordinated to the regulation-making power — Whether CRTC failed to give proper notice of particular condition —

*Continued on next page*

Publié par

BERNARD C. HOFLEY, c.r.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef

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

Arrêtistes

ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Adjointes à l'édition

MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
VICTORIA MASON

*Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnement et Services Canada, Hull, Québec, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.*

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1982.

## SOMMAIRE

### **Bryden c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada ..... 443**

Assurance-chômage — Versement de la paye de vacances par l'employeur à un fonds de fiducie au nom des employés — L'appelant a reçu le versement du fonds de fiducie alors qu'il touchait des prestations d'assurance-chômage — Versement du fonds de fiducie assimilé à une rémunération — Diminution des prestations d'assurance-chômage de l'appelant — Le versement du fonds de fiducie représente-t-il des épargnes ou une paye de vacances? — Règlement sur l'assurance-chômage, DORS Cod. 1955, 2858, modifié, art. 172(2), 173(1),(13),(14),(15),(16), (18) [actuellement C.R.C. 1978, chap. 1576, art. 57(2), 58(1), (13),(14),(15),(16),(18)].

### **Cardinal et autres c. La Reine ..... 508**

Interprétation — Loi des sauvages — Ratification nécessaire à la cession valide de terres indiennes — Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81, art. 49(1),(2),(3),(4).

Indiens — Cession de terres indiennes — Ratification nécessaire.

### **CRTC c. CTV Television Network Ltd. et autres ..... 530**

Droit administratif — Compétence du CRTC — Condition applicable au renouvellement de la licence — Contrôle des émissions — La condition est-elle soumise au pouvoir de réglementation? — Le CRTC a-t-il omis de donner adéquatement avis d'une condition particulière? — Membres du comité de direction participant à la décision relative au renouvellement — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) — Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1974-75-76 (Can.), chap. 49, art. 12.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Executive committee members participating in decision on renewal — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, 1974-75-76 (Can.), c. 49, s. 12.

### **Gunn v. The Queen** ..... 522

Criminal law — Conspiracy to breach foreign law — Indictment without reference to foreign law — Amendment refused — Non-suit for want of evidence supporting indictment — Whether or not the Court of Appeal could set acquittal aside, and direct trial to continue to enable defence to call evidence or to close — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(1)(d), (3), 613(4).

### **Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario Hydro** 347

Restitution — Mistake of law — Money had and received because of mistaken belief as to law — Refund sought — Whether or not monies recoverable — The Power Corporation Act, R.S.O. 1970, c. 354, ss. 7, 39, 58, 76, 82.

### **Metro-Toronto Police Association v. Metro-Toronto Board of Commissioners of Police** ..... 451

Police — Arbitration — Jurisdiction — Dismissal on probation — Working conditions, other than those governed by regulations, subject to negotiation — Collective agreement requiring reasonable cause for discharge — Regulation governing discharge of probationary constables — Arbitrator's jurisdiction to hear grievance.

### **Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing Ltd. et al.** ..... 494

Tort — Passing-off — "Get-up" for product to acquire secondary meaning — Burden of plaintiff-appellant in a passing-off action — Facts not establishing secondary meaning.

### **R. v. Geauvreau** ..... 485

Criminal law — Powers of Court of Appeal — Information — Conviction of possession of goods obtained by crime — Crown seeking to amend information at appellate level to conform to evidence — Distinction between "obtained by the commission of an indictable offence" and "derived directly or indirectly from the commission of an indictable offence" — Conviction quashed and new trial ordered on the amended information — Whether criminal appeal court can amend the information — Criminal Code, ss. 312(1)(a), 610(3), 613(8).

### **Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.** ..... 452

Negligence — Girl falling from hotel window — Function of screen — Radiator in front of window trap or apparent danger — Presumption of art. 1054 C.C. — Special provisions of art. 1055 C.C. — Mistake to refer to common law categories of invitee, licensee and trespasser in civil law — Role of an appellate court — Civil Code, arts. 1053, 1054, 1055.

(Continued on next page)

## SOMMAIRE (Suite)

### **CTV Television Network Ltd. c. CRTC et autres** ..... 530

Droit administratif — Compétence du CRTC — Condition applicable au renouvellement de la licence — Contrôle des émissions — La condition est-elle soumise au pouvoir de réglementation? — Le CRTC a-t-il omis de donner adéquatement avis d'une condition particulière? — Membres du comité de direction participant à la décision relative au renouvellement — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) — Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1974-75-76 (Can.), chap. 49, art. 12.

### **États-Unis d'Amérique c. Royal American Shows, Inc. et autres** ..... 414

Preuve — Commission rogatoire — Impôts américains — Production d'une preuve écrite au Canada — Preuve écrite non accessoire à un témoignage oral — La preuve écrite est-elle seule assujettie à l'art. 43 de la Loi sur la preuve au Canada — Recevabilité, lors d'une audition en vertu de l'art. 43, de conversations téléphoniques interceptées illégalement — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 43, 47 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.2, 178.16, 446.

### **Gunn c. La Reine** ..... 522

Droit criminel — Complot en vue d'enfreindre une loi étrangère — L'acte d'accusation ne mentionne pas de loi étrangère — Autorisation de modifier refusée — Ordonnance de non-lieu pour absence de preuves à l'appui de l'acte d'accusation — Compétence de la Cour d'appel pour infirmer le verdict d'acquiescement et pour ordonner que le procès continue afin que la défense puisse citer des témoins ou clore sa preuve — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(1)(d), (3), 613(4).

### **Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario Hydro** 347

Restitution — Erreur de droit — Enrichissement sans cause dû à une conception erronée du droit — Remboursement demandé — Les sommes payées sont-elles recouvrables? — The Power Corporation Act, R.S.O. 1970, chap. 354, art. 7, 39, 58, 76, 82.

### **Metro-Toronto Police Association c. Metro-Toronto Board of Commissioners of Police** ..... 451

Police — Arbitrage — Compétence — Congédiement au cours du stage — Les conditions de travail autres que celles régies par les règlements peuvent être négociées — La convention collective exige un motif raisonnable de congédiement — Règlement qui régit le congédiement des policiers stagiaires — Compétence de l'arbitre à entendre le grief.

### **Oxford Pendaflex Canada Ltd. c. Korr Marketing Ltd. et autres** ..... 494

Responsabilité délictuelle — *Passing-off* — La «présentation» d'un produit doit lui conférer une notoriété propre — Obligation qui incombe à un demandeur dans une action en *passing-off* — Les faits n'établissent pas l'existence d'une notoriété propre.

(Suite à la page suivante)

## CONTENTS (Concluded)

### **United States District Court, Middle District of Florida v. Royal American Shows, Inc. et al. .... 414**

Evidence — Letters rogatory — U.S. tax case — Production of documentary evidence in Canada — Documentary evidence not ancillary to *viva voce* testimony — Whether or not documentary evidence alone subject to s. 43 of the Canada Evidence Act — Admissibility of illegally obtained telephone taps in s. 43 hearing — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 43, 47 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.2, 178.16, 446.

### **United States of America v. Royal American Shows, Inc. et al. .... 414**

Evidence — Letters rogatory — U.S. tax case — Production of documentary evidence in Canada — Documentary evidence not ancillary to *viva voce* testimony — Whether or not documentary evidence alone subject to s. 43 of the Canada Evidence Act — Admissibility of illegally obtained telephone taps in s. 43 hearing — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 43, 47 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.2, 178.16, 446.

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. Geauvreau ..... 485**

Droit criminel — Pouvoirs de la cour d'appel — Dénonciation — Déclaration de culpabilité relative à la possession de biens obtenus par la perpétration d'un crime — Tentative de la poursuite de modifier la dénonciation en appel afin qu'elle soit conforme à la preuve — Distinction entre «obtenu par la perpétration d'un acte criminel» et «provenant directement ou indirectement de la perpétration d'un acte criminel» — Annulation de la déclaration de culpabilité et ordonnance de nouveau procès en fonction de la dénonciation modifiée — Une cour d'appel en matière criminelle peut-elle modifier la dénonciation? — Code criminel, art. 312(1)a), 610(3), 613(8).

### **Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd. .... 452**

Responsabilité — Chute d'une fillette par la fenêtre d'un hôtel — Fonction d'un moustiquaire — Calorifère devant la fenêtre piège ou danger apparent — Présomption de l'art. 1054 C.c. — Particularités de l'art. 1055 C.c. — Erreur d'invoquer en droit civil les catégories d'*invitee*, *licensee* et *trespasser* de la *common law* — Rôle d'une cour d'appel — Code civil, art. 1053, 1054, 1055.

### **United States District Court, Middle District of Florida c. Royal American Shows, Inc. et autres ..... 414**

Preuve — Commission rogatoire — Impôts américains — Production d'une preuve écrite au Canada — Preuve écrite non accessoire à un témoignage oral — La preuve écrite est-elle seule assujettie à l'art. 43 de la Loi sur la preuve au Canada — Recevabilité, lors d'une audition en vertu de l'art. 43, de conversations téléphoniques interceptées illégalement — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 43, 47 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.2, 178.16, 446.



**The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean (Plaintiff) Appellant;**

and

**Ontario Hydro (Defendant) Respondent.**

File No.: 16043.

1981: April 1 and 2; 1982: March 2.

Present: Laskin C.J. and Martland, Dickson, Estey and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Restitution — Mistake of law — Money had and received because of mistaken belief as to law — Refund sought — Whether or not monies recoverable — The Power Corporation Act, R.S.O. 1970, c. 354, ss. 7, 39, 58, 76, 82.*

Respondent collected \$921,463 from power bills that were not 'lawful' in that the demand for payment was not authorized by the Act governing respondent's operations. No legal, moral or other obligation to make the payments existed; respondent exacted them and appellant paid them by mistake. The Ontario Court of Appeal upheld the trial judge's dismissal of appellant's action to recover the payments and respondent's counterclaim for amounts not paid by the appellant. The legal concepts of 'mistake of law' were central to those decisions.

*Held* (Laskin C.J. and Dickson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Estey and Lamer JJ.: The law of mutual mistake applies. The circumstance is one of unauthorized acts and of mutual mistake with respect to them. Any exception to the general rule barring recovery of moneys paid in an illegal transaction when the parties are not *in pari delicto* does not apply because neither party has committed a delict and no wrongful conduct in the sense of actions contrary to statutes or public policy has taken place. Duress was not involved. Appellant cannot recover under the principles enunciated in *Kiriri*. The Act here was not passed for appellant's benefit; nor did it impose more duty on the respondent than on the appellant; nor did it impose a duty on respondent "for the protection of" the appellant. None of the authorities indicated any basis for the merging of the principles applicable to mistake of fact and mistake of law, and the need for certainty in commerce and in

**The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean (Demanderesse) Appelante;**

a et

**Ontario Hydro (Défenderesse) Intimée.**

N° du greffe: 16043.

b 1981: 1<sup>er</sup> et 2 avril; 1982: 2 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Dickson, Estey et Lamer.

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

*Restitution — Erreur de droit - Enrichissement sans cause dû à une conception erronée du droit — Remboursement demandé — Les sommes payées sont-elles recouvrables? — The Power Corporation Act, R.S.O. 1970, chap. 354, art. 7, 39, 58, 76, 82.*

L'intimée a perçu \$921,463 au moyen de factures d'électricité qui n'étaient pas «légitimes» vu que la demande de paiement n'était pas autorisée par la Loi qui régit ses activités. Il n'y avait aucune obligation légale, morale ou autre d'effectuer les paiements; l'intimée les a exigés et l'appelante les a effectués par erreur. La Cour d'appel de l'Ontario a maintenu le rejet, par le juge de première instance, de l'action de l'appelante en recouvrement des sommes payées ainsi que de la demande reconventionnelle de l'intimée pour les sommes non payées par l'appelante. Ces décisions reposent principalement sur les notions juridiques de «l'erreur de droit».

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et le juge Dickson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Martland, Estey et Lamer: La règle de l'erreur commune s'applique. Il s'agit en l'espèce d'actes non autorisés et d'une erreur commune relative à ces actes. Aucune exception à la règle générale qui interdit de recouvrer les sommes versées dans le cadre d'une opération illégale lorsque les parties ne sont pas parties à un acte illégal n'est applicable parce qu'aucune partie n'a commis un délit ni aucun méfait au sens d'un acte contraire à la loi ou à l'ordre public. Il n'y a pas eu de contrainte. L'appelante n'a pas droit au recouvrement en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Kiriri*. La Loi en l'espèce n'a pas été adoptée au profit de l'appelante; elle n'impose pas une obligation à l'intimée plus qu'à l'appelante, pas plus qu'elle n'impose à l'intimée une obligation «afin de protéger» l'appelante. La doctrine et la jurisprudence n'ont fait ressortir aucun argument justifiant le fusionnement des principes applicables à l'erreur

public transactions demanded that that ancient distinction be maintained.

As neither appellant nor respondent had authority to "accumulate" surplus assets, the concept of unjust enrichment was not easily associated with their relationship.

*Per* Laskin C.J. and Dickson J., *dissenting*: Where money is paid under a mistake and there is no ground to claim it in conscience, the party may recover it back. The unfortunate doctrine that monies paid under a mistake of law are not recoverable should not be perpetuated. Exceptions have eroded the doctrine to the point of making the distinction between mistake of fact and of law useless, and rather than further emasculating the rule with yet another exception, the two "types" of mistake should be put on the same footing. The reason for the rule against recovery of monies paid under a mistake of law, namely, stability of contractual relations, has insufficient force to justify the rule. Money should be returned if, on general principles of equity, it would be unjust to retain it. In this case honesty and common justice require that the defendant repay the plaintiff.

[*Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192; *Green v. Portsmouth Stadium, Ltd.*, [1953] 2 All E.R. 102; *Hastelow v. Jackson* (1828), 8 B.&C. 221; *Smith v. Bromley* (1760), 2 Doug. 696; 99 E.R. 441; *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790; 98 E.R. 1364; *Lowry and Another v. Bourdieu* (1780), 2 Doug. 468; 99 E.R. 299; *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676; *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448; *Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222; *Brisbane v. Dacres* (1813), 5 Taunt. 143; 128 E.R. 641; *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147; *Eadie v. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573; *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106; *Harse v. Pearl Life Assurance Company*, [1904] 1 K.B. 558, considered; *Kelly v. Solari* (1841), 9 M.&W. 54; *The Dominion Bank v. The Union Bank of Canada* (1908), 40 S.C.R. 366; *Knutson v. The Bourkes Syndicate and Others*, [1941] S.C.R. 419; *The Municipality of the City and County of St. John et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation, et al.*, [1958] S.C.R. 263, referred to.

de fait et à l'erreur de droit, et le besoin de certitude en matière de commerce et d'affaires publiques exige le maintien de cette vieille distinction.

<sup>a</sup> Puisque ni l'appelante ni l'intimée n'a le pouvoir d'«accumuler» des surplus d'actif, le concept de l'enrichissement illégitime ne peut être facilement associé à leurs rapports.

<sup>b</sup> *Le juge en chef Laskin et le juge Dickson, dissidents*: Lorsque la somme est payée en raison d'une erreur et qu'il n'y a moralement aucun motif de la réclamer, la partie peut la recouvrer. La doctrine regrettable selon laquelle les sommes payées en raison d'une erreur de droit ne peuvent être recouvrées ne doit pas être perpétuée. Les exceptions ont miné la doctrine au point de rendre inutile la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit et, au lieu d'affaiblir davantage la règle avec une autre exception, les deux «genres» d'erreur <sup>c</sup> devraient être traités sur le même pied. Le motif invoqué à l'appui de la règle du non-recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit, notamment la stabilité des rapports contractuels, est insuffisant pour justifier cette règle. Les sommes versées doivent être <sup>d</sup> remboursées si, d'après les principes généraux de l'équité, il serait injuste de les conserver. En l'espèce, l'honnêteté et la simple justice exigent que la défendresse rembourse la demanderesse.

<sup>f</sup> [Jurisprudence: arrêts examinés: *Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192; *Green v. Portsmouth Stadium, Ltd.*, [1953] 2 All E.R. 102; *Hastelow v. Jackson* (1828), 8 B.&C. 221; *Smith v. Bromley* (1760), 2 Doug. 696; 99 E.R. 441; *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790; 98 E.R. 1364; *Lowry and Another v. Bourdieu* (1780), 2 Doug. 468; 99 E.R. 299; *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676; *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448; *Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222; *Brisbane v. Dacres* (1813), 5 Taunt. 143; 128 E.R. 641; *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147; *Eadie c. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573; *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106; *Harse v. Pearl Life Assurance Company*, [1904] 1 K.B. 558; arrêts mentionnés: *Kelly v. Solari* (1841), 9 M.&W. 54; *The Dominion Bank c. The Union Bank of Canada* (1908), 40 R.C.S. 366; *Knutson c. The Bourkes Syndicate and Others*, [1941] R.C.S. 419; *The Municipality of the City and County of St. John et al. c. Fraser-Brace Overseas Corporation, et al.*, [1958] R.C.S. 263.

APPEAL from and notice to vary (cross appeal) a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 27 O.R. (2d) 320, 107 D.L.R. (3d) 257, dismissing an appeal and cross-appeal from a judgment of Craig J. dismissing appellant's action for the return of money paid and respondent's counterclaim for further charges. Appeal and notice to vary (cross-appeal) dismissed, Laskin C.J. and Dickson J. dissenting.

*D. K. Laidlaw, Q.C., and R. J. McComb, for the appellant.*

*R. F. Wilson, Q.C., and Peter D. Lauwers, for the respondent.*

The reasons of Laskin C.J. and Dickson J. were delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—Ontario Hydro collected \$921,463 from The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean (“Nepean”) under power bills which the trial judge found were not “lawful”; the demand for payment was not authorized by the Act governing the operations of Ontario Hydro. Nepean was under no legal, moral or other obligation to make the payments. The Ontario Court of Appeal agreed. The members of this Court hold the same view. Ontario Hydro exacted the payments by mistake and Nepean paid by mistake. Nepean wants its money back. It would seem to be a simple case. To the layman, the issue would be a clear one. Nepean should succeed. Good conscience and plain honesty would require Hydro to repay. To the lawyer trying to follow confused and contradictory authority the matter is not that simple. Two courts, applying what they conceive to be the law, have denied Nepean recovery. And now the issue is before this Court, by leave.

Nepean has been buying power from Ontario Hydro since 1964. From 1966 to 1973, Nepean paid the said sums totalling \$921,463 to Ontario Hydro. Nepean thought the bills were properly authorized but in 1974 realized this might not be the case. In 1974 Nepean alleged that these sums

POURVOI et pourvoi incident (avis de modification) contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (1980), 27 O.R. (2d) 320, 107 D.L.R. (3d) 257, qui a rejeté un appel et un appel incident <sup>a</sup> formés à l’encontre d’un jugement du juge Craig qui a rejeté l’action de l’appelante en recouvrement de sommes payées et la demande reconventionnelle de l’intimée visant l’imposition de frais supplémentaires. Pourvoi et pourvoi incident (avis de modification) <sup>b</sup> rejetés, le juge en chef Laskin et le juge Dickson sont dissidents.

*D. K. Laidlaw, c.r., et R. J. McComb, pour l’appelante.*

*R. F. Wilson, c.r., et Peter D. Lauwers, pour l’intimée.*

Version française des motifs du juge en chef <sup>d</sup> Laskin et du juge Dickson rendus par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Ontario Hydro a encaissé \$921,463 de The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean («Nepean») en vertu de factures d’électricité que le juge de première instance a jugées «illégales»; la demande de paiement n’était pas permise en vertu de la Loi qui régit les activités d’Ontario Hydro. Nepean n’avait aucune obligation légale, morale ou autre d’effectuer ces paiements. La Cour d’appel de l’Ontario est du même avis. Les membres de cette Cour partagent cet avis. Ontario Hydro a exigé ces paiements par erreur et Nepean a payé par erreur. Nepean réclame les sommes payées. Cette affaire <sup>e</sup> semble simple. Pour le profane, la question en litige est évidente. Nepean devrait avoir gain de cause. En toute conscience et honnêteté, Hydro devrait rembourser. Pour l’avocat qui tente de suivre une jurisprudence embrouillée et contradictoire, la question n’est pas aussi simple. Deux <sup>f</sup> cours ont appliqué ce qu’elles estiment être le droit et ont nié le droit de Nepean au recouvrement. La question est maintenant soumise à cette Cour avec <sup>g</sup> son autorisation.

Depuis 1964, Nepean achète de l’électricité d’Ontario Hydro. De 1966 à 1973, Nepean a payé à Ontario Hydro un total de \$921,463. Nepean <sup>j</sup> croyait que les factures étaient valides, mais en 1974, elle s’est rendu compte que ce n’était peut-être pas le cas. En 1974, Nepean a fait valoir que

were not a 'cost' which Ontario Hydro could pass on to its customers within the meaning of *The Power Corporation Act* of Ontario, R.S.O. 1970, c. 354, as amended. Nepean brought an action for recovery of the sums paid. In turn, Ontario Hydro brought a counterclaim, seeking payment of certain sums totalling \$359,512 alleged owing by Nepean for the period 1974 to 1978.

## I

The background to the case is complex. The capital works funding of Ontario Hydro is obtained through borrowing. The borrowing was financed initially through payments by user municipalities to a 'sinking fund'. Explicit statutory authority for payments to the sinking fund was contained in s. 76 of *The Power Corporation Act*. The price payable for power by any municipal corporation included:

(c) an annual sum sufficient to form in forty years, with interest at 4 per cent per year, a sinking fund for the repayment of the advances made by the Province of Ontario under this Act for the cost of the works, for the repayment of any other indebtedness incurred or assumed by the Corporation in respect of the cost of the works, and for the restoration of any reserve or other funds of the Corporation utilized for the payment of the cost of the works; . . .

By the 1950's, the original user municipalities had made sinking fund contributions for the forty years contemplated by this section. Ontario Hydro felt that some mechanism should be available to recognize the fact that these utilities had fulfilled their sinking fund obligations. This was achieved by recognizing a notional 'equity' that the subscribers had obtained in the assets of Ontario Hydro, and showed up in billings as a credit called 'matured sinking fund'.

Nepean bought into the system in 1964, at which time the 'matured sinking fund' provision was still in effect.

ces sommes n'étaient pas des «frais» qu'Ontario Hydro pouvait faire assumer par ses abonnés au sens de *The Power Corporation Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 354 et modifications. Nepean a intenté une action en recouvrement des sommes payées. Pour sa part, Ontario Hydro a présenté une demande reconventionnelle en vue d'obtenir le paiement de certaines sommes totalisant \$359,512 qu'elle estime dues par Nepean pour la période de 1974 à 1978.

## I

Les faits à l'origine de cette affaire sont complexes. Ontario Hydro finance une grande part de ses ouvrages au moyen d'emprunts. A l'origine, ces emprunts étaient remboursés au moyen de paiements que faisaient les municipalités abonnées à un «fonds d'amortissement». L'article 76 de *The Power Corporation Act* autorise de façon expresse les paiements au fonds d'amortissement. Le prix que les municipalités doivent payer pour l'électricité comprend:

[TRADUCTION] (c) une somme annuelle suffisante pour constituer en quarante ans, à un taux d'intérêt annuel de quatre pour cent, un fonds d'amortissement permettant de rembourser à la province de l'Ontario les avances qu'elle a versées conformément à la présente loi pour payer les ouvrages, pour rembourser toute autre dette que la Société a contractée ou assumée pour payer les ouvrages, et pour reconstituer un fonds de réserve ou autre de la Société, qui a servi au paiement des ouvrages; . . .

Dès les années cinquante, les premières municipalités abonnées avaient contribué au fonds d'amortissement depuis quarante ans comme le prévoit cet article. Ontario Hydro a estimé qu'il devrait y avoir un mécanisme permettant de reconnaître le fait que ces services d'électricité avaient rempli leurs obligations relatives au fonds d'amortissement. Elle y est parvenue en reconnaissant une «participation» fictive que les abonnés avaient acquise dans l'actif d'Ontario Hydro et qui prend dans les factures la forme d'un crédit appelé «fonds d'amortissement échu».

Nepean a adhéré au programme en 1964, au moment où la disposition ayant trait au «fonds d'amortissement échu» était encore en vigueur.



Before 1966, the sinking fund relief was calculated on the basis of the original cost of fixed assets in service. In 1965, it was thought that debt retirement, and consequently any relief from debt retirement, should be based not on assets in service but rather on actual debt outstanding at the time. Under this new plan, debt retirement charges would be related to present debt, and would be charged to subscribers proportionately to load.

At the same time, however, Ontario Hydro continued to believe that some recognition should be given to those utilities which had contributed to the sinking fund for many years. In 1966, the amount of these contributions totalled more than \$500 million. Ontario Hydro decided that these past contributions could best be recognized through a payment called 'return on equity'. The return on equity was calculated as 4 per cent of a municipality's previous payments into the sinking fund. This meant an annual payout of 4 per cent of \$500 million, or approximately \$20 million in 1966.

This 'return on equity' had to be financed. The method chosen was to levy a charge called 'cost of return'. This charge was based on the amount of load used by a subscriber.

The trial judge, Mr. Justice Craig, described the result in these words:

... Ontario Hydro did not gain or lose by these computations. It was not a cost incurred; but the effect on individual municipalities or their utilities varied greatly because the older and larger municipalities or utilities that had acquired a large "equity" in the system received a greater return than their share of the "cost of return"; whereas the newer fast-growing municipalities or utilities, like Nepean, with a small "equity" and rising power demands, were charged more for the "cost of return" than they received from the "return on equity" [(1978), 22 O.R. (2d) 137, at p. 143].

Avant 1966, la contribution au fonds d'amortissement était calculée en fonction du coût initial des immobilisations en service. En 1965, on a estimé que le remboursement de la dette et, par conséquent, les contributions au remboursement de la dette, devraient être calculés non en fonction des immobilisations en service mais plutôt en fonction de la dette réelle à l'époque. Selon ce nouveau programme, les frais de remboursement de la dette seraient liés à la dette actuelle et imposés aux abonnés en proportion de la quantité d'électricité fournie.

En même temps, toutefois, Ontario Hydro continuait à croire qu'il y aurait lieu de reconnaître les contributions que ces services d'électricité avaient versées au fonds d'amortissement pendant plusieurs années. En 1966, ces contributions totalisaient plus de 500 millions de dollars. Ontario Hydro a décidé que la meilleure façon de reconnaître ces contributions antérieures serait un paiement appelé «rendement des capitaux propres». Le rendement des capitaux propres était fixé à 4 p. 100 des contributions antérieures d'une municipalité au fonds d'amortissement. Cela signifiait un débours annuel de 4 p. 100 de 500 millions de dollars, soit environ 20 millions de dollars en 1966.

Il fallait trouver le moyen de financer ce «rendement des capitaux propres». La méthode choisie consistait à percevoir des frais appelés «frais de rendement». Ces frais étaient établis en fonction de la quantité d'électricité utilisée par un abonné.

Le juge Craig, en première instance, a décrit comme suit le résultat obtenu:

[TRADUCTION] ... Par ces calculs, Ontario Hydro n'était ni gagnante ni perdante. Il ne s'agissait pas de frais subis, mais leur effet sur chaque municipalité ou son service d'électricité a varié énormément puisque les municipalités ou les services d'électricité plus anciens ou plus importants qui avaient acquis une «participation» considérable dans le réseau ont touché une remise plus élevée que leur part des «frais de rendement», alors que les municipalités ou services d'électricité plus récents, à croissance rapide, comme c'est le cas de Nepean, dont la «participation» est moindre et qui connaissent une demande croissante d'énergie, devaient payer plus au titre des «frais de rendement» que ce qu'elles recevaient au titre du «rendement des capitaux propres» [(1978), 22 O.R. (2d) 137, à la p. 143].

At trial there was some discussion about the support given to proposed changes by the Ontario Municipal Electrical Association (OMEA), an association composed of the municipal and utility customers of Ontario Hydro. Nepean was a member of the Association. Ontario Hydro did not claim that OMEA was agent for Nepean or that it had authority to bind Nepean in any way.

Following the introduction of the system and until the year 1973 Nepean had paid to Ontario Hydro a net amount of \$921,463; that is the difference between the "cost of return" paid by Nepean in the total amount of \$1,360,311 and the amount credited as "return on equity" during that period, namely, \$438,848.

## II

At trial, Mr. Justice Craig dismissed both the claim of Nepean and the counterclaim of Ontario Hydro. He held that the charge of a 'cost of return' on equity was not authorized by s. 76 of *The Power Corporation Act*, the basic statutory authority dealing specifically with the cost of power to municipalities and their utilities. Section 76 provides that the price payable for power by any municipal corporation is the "cost to the corporation . . . of supplying and delivering power to the municipal corporation, including the municipal corporation's proportion" of the cost of operation, maintenance, depreciation, insurance, administration interest, expenses of debt service and contributions to the sinking fund to which I have earlier referred. Mr. Justice Craig held:

In my opinion, for the reasons hereinafter stated, the individual municipalities or their utilities did not acquire an "equity" in the plant or works of Ontario Hydro outlined in s. 76(c); but even if they did acquire any "equity" it would be vague and uncertain; and would not give rise to any rights of any kind unless Ontario Hydro stopped its operations completely. In particular Ontario Hydro would not be authorized to pay a return on any such alleged "equity" to be charged against other municipalities or their utilities [*supra*, at p. 145].

Pendant le procès, on a débattu l'appui donné aux projets de modifications par l'Ontario Municipal Electrical Association (OMEA), une association formée des municipalités et services d'électricité composant la clientèle d'Ontario Hydro. Nepean était membre de cette association. Ontario Hydro n'a pas soutenu que l'OMEA représentait Nepean ou qu'elle avait le pouvoir de lier Nepean de quelque façon.

Depuis l'implantation du programme jusqu'en 1973, Nepean a payé à Ontario Hydro un montant net de \$921,463, ce qui représente la différence entre la somme totale de \$1,360,311 que Nepean a versée au titre des «frais de rendement» et la somme de \$438,848 qui lui a été créditée à titre de «rendement des capitaux propres» pendant cette période.

## II

En première instance, le juge Craig a rejeté à la fois la demande de Nepean et la demande reconventionnelle d'Ontario Hydro. Il a conclu que l'imposition des «frais de rendement» des capitaux propres, n'était pas autorisée par l'art. 76 de *The Power Corporation Act*, la disposition législative fondamentale qui traite spécifiquement du coût de l'électricité pour les municipalités et leurs services d'électricité. L'article 76 prévoit que le prix qu'une municipalité doit payer pour l'électricité est [TRADUCTION] «ce qu'il en coûte à la Société . . . pour fournir et livrer l'électricité à la municipalité, y compris la part . . . que doit assumer la municipalité» en ce qui concerne les frais d'exploitation, d'entretien, d'amortissement, d'assurance, d'administration, l'intérêt, les dépenses du service de la dette et les contributions au fonds d'amortissement que j'ai déjà mentionnés. Le juge Craig a conclu:

[TRADUCTION] A mon avis, pour les motifs énoncés ci-après, les municipalités ou leurs services d'électricité n'ont acquis aucune «participation» dans les installations ou les ouvrages d'Ontario Hydro mentionnés à l'al. 76c); mais même si elles avaient acquis une «participation», elle serait vague et incertaine et ne comporterait aucun droit d'aucune sorte à moins qu'Ontario Hydro ne cesse toute activité. En particulier, Ontario Hydro ne serait pas autorisée à payer sur cette prétendue «participation» une remise dont le montant serait assumé par d'autres municipalités ou leurs services d'électricité [précité, à la p. 145].

Later, he said:

It is admitted by Ontario Hydro that there is not any contractual or statutory obligation upon Ontario Hydro to levy a cost of "return of equity"; and no contractual or statutory right on any municipality or utility to a "return on equity". The evidence tendered by Ontario Hydro indicated that the system "return on equity"/"cost of return" was based on a concept (rather than a reality that municipalities or their utilities had acquired an equity in the facilities of Ontario Hydro); and the witness Knowty for Ontario Hydro acknowledged that it was an adjustment between municipalities to recognize that one had been in the system longer than another—and that it was a matter of "fairness" between municipalities [*supra*, at pp. 146-47].

Mr. Justice Craig concluded that Ontario Hydro was not empowered or authorized to charge for the cost of return on equity because it was not a cost of supplying and delivering power under s. 76 and not otherwise authorized under any other section such as s. 7(3) and (4), s. 58 or s. 82. The trial judge dealt with these latter sections in the following manner:

As to section 7(3)(a), for the reasons stated earlier, charging for a "return on equity" is not an "expenditure" related to the cost of power; and in any event it is not one for which Ontario Hydro "has had other proper authority"; under section 7(3)(b) it is not an "expenditure" in connection with the generating, distribution or supply of power . . ."; under s. 7(4) it does not come within "expenses".

With reference to s. 58, this section is in the nature of a basket clause; and in my opinion charging for a "return in equity" resulting in off-setting debits and credits does not involve "the generation, transmission, distribution, supply, sale and use of power . . .". In my view s. 58 is not intended to apply to billings to municipalities and utilities which are specifically dealt with by s. 76.

Turning now to s. 82, it is my opinion that the three subsections deal with adjustments of only those amounts that are properly payable by municipalities or utilities under ss. 76 to 81. (For the purpose of this case ss. 77 to 81 are of no significance) [*supra*, at p. 149].

Il dit plus loin:

[TRADUCTION] Ontario Hydro admet qu'elle n'a aucune obligation contractuelle ou légale de percevoir des frais de «rendement des capitaux propres» et qu'aucune municipalité ni aucun service d'électricité n'a droit, en vertu d'un contrat ou de la loi, à un «rendement des capitaux propres». Il ressort de la preuve soumise par Ontario Hydro que le programme de «rendement des capitaux propres» et de «frais de rendement» se fonde sur un concept (plutôt que sur le fait que les municipalités ou leurs services d'électricité auraient acquis une participation dans les installations d'Ontario Hydro); et le témoin Knowty, cité par Ontario Hydro, a admis qu'il s'agit d'un rajustement entre les municipalités afin de reconnaître que certaines font partie du programme depuis plus longtemps que d'autres et que c'est une question d'«équité» entre les municipalités [précité, aux pp. 146 et 147].

Le juge Craig a conclu qu'Ontario Hydro n'avait pas le pouvoir de percevoir des frais de rendement des capitaux propres parce qu'il ne s'agit pas de ce qu'il en coûte pour fournir et livrer l'électricité au sens de l'art. 76 et qu'aucun autre article, comme les par. 7(3) et (4) et les art. 58 ou 82, ne l'autorise à le faire. Le juge de première instance a traité ces derniers articles comme suit:

[TRADUCTION] Quant à l'al. 7(3)a), pour les motifs déjà énoncés, le montant exigé pour un «rendement des capitaux propres» n'est pas une «dépense» liée au coût de l'électricité et, en tout état de cause, ce n'est pas une dépense pour laquelle Ontario Hydro «a obtenu une autre autorisation valable»; en vertu de l'al. 7(3)b), ce n'est pas une «dépense» liée «à la production, à la distribution ou à la fourniture d'électricité . . .»; ce n'est pas une «dépense» au sens du par. 7(4).

En ce qui a trait à l'art. 58, cet article s'apparente à une clause omnibus et, à mon avis, le paiement exigé pour un «rendement des capitaux propres» qui résulte en débits et crédits compensatoires n'a rien à voir avec «la production, la transmission, la distribution, la fourniture, la vente et l'utilisation d'électricité . . .». A mon avis, l'art. 58 n'est pas destiné à s'appliquer à la facturation des municipalités et services dont traite spécifiquement l'art. 76.

Quant à l'art. 82, je suis d'avis que les trois paragraphes ne traitent que du rajustement des montants que les municipalités ou les services d'électricité doivent payer en vertu des art. 76 à 81. (Les art. 77 à 81 ne revêtent aucune importance en l'espèce) [précité, à la p. 149].

Hydro, a creature of statute, must find authority for any rights which it seeks to exercise in its governing statute. The right here sought to be exercised was conspicuously missing from that statute.

Mr. Justice Craig held that Nepean had made payments under mistake of law and was therefore not aware of its rights. The payments of \$921,463 were made to Ontario Hydro under mistake of law on the part of both Nepean and Ontario Hydro; that is, a mistake in the interpretation of *The Power Corporation Act*. Estoppel had been pleaded but counsel for Ontario Hydro did not present any argument that this doctrine would have any application to the case, as Nepean did not make any representation of fact.

Nepean sought to recover on the basis, firstly, that the money was not paid voluntarily but rather under compulsion or practical compulsion; and, secondly, that Ontario Hydro had the duty and obligation to administer *The Power Corporation Act* and was therefore primarily responsible for the mistake and accordingly Nepean and Ontario Hydro were not *in pari delicto*. Mr. Justice Craig held that the payments were voluntary in a legal sense and therefore the claim for return of the money on the ground of compulsion or practical compulsion failed. On what may loosely be referred to as the *in pari delicto* point the judge held that Ontario Hydro was responsible for the proper application and interpretation of s. 76 of *The Power Corporation Act*; Ontario Hydro had the primary obligation and responsibility to observe the requirements of *The Power Corporation Act*; and particularly of knowing what charges can be imposed upon municipalities and their utilities; it had the burden of administration of the Act. It was understandable, in the first instance at least, that Nepean would assume that Ontario Hydro was not acting without authority. In the result the judge held that the parties were not *in pari delicto* in that the primary responsibility for the mistake was upon Ontario Hydro; and Ontario Hydro had innocently and mistakenly misled

Ontario Hydro, dont l'existence tient à une loi, doit trouver dans la loi qui la régit le fondement des droits qu'elle veut exercer. Le droit qu'elle cherche à exercer en l'espèce n'est manifestement pas prévu dans cette loi.

Le juge Craig a conclu que Nepean a fait les paiements par suite d'une erreur de droit et qu'elle n'était donc pas au courant de ses droits. Les paiements de \$921,463 ont été faits à Ontario Hydro en raison d'une erreur de droit tant de la part de Nepean que d'Ontario Hydro; c'est-à-dire une erreur d'interprétation de *The Power Corporation Act*. L'irrecevabilité a été invoquée, mais l'avocat d'Ontario Hydro n'a présenté aucun argument portant que cette doctrine est applicable en l'espèce et Nepean n'a présenté aucun exposé de faits.

Nepean cherche à recouvrer les sommes payées en alléguant, premièrement, que ces sommes ont été payées non pas volontairement mais plutôt par contrainte ou contrainte de fait et, deuxièmement, qu'Ontario Hydro avait le devoir et l'obligation d'appliquer *The Power Corporation Act* et qu'elle était donc la première responsable de l'erreur et, en conséquence, Nepean et Ontario Hydro n'étaient pas parties à un acte illégal. Le juge Craig a conclu que les paiements étaient volontaires sur le plan juridique et que, par conséquent, la demande de remboursement des sommes payées fondée sur la contrainte ou la contrainte de fait devait être rejetée. A propos de ce qu'on peut librement appeler la question des parties à un acte illégal, le juge a conclu qu'il incombait à Ontario Hydro d'appliquer et d'interpréter correctement l'art. 76 de *The Power Corporation Act*; Ontario Hydro était tenue fondamentalement de se plier aux exigences de *The Power Corporation Act* et, en particulier, de savoir quels frais peuvent être imposés aux municipalités et à leurs services d'électricité; elle avait la responsabilité d'appliquer la Loi. On pouvait comprendre, du moins au premier abord, que Nepean avait présumé qu'Ontario Hydro n'agissait pas sans autorisation. Finalement, le juge a conclu que les parties n'étaient pas parties à un acte illégal en ce sens que la responsa-

Nepean into thinking that these charges were properly authorized.

Nepean was, however, denied recovery on the claim for money "had and received to the use of the plaintiff" for the reason that Ontario Hydro did not receive any benefit or beneficial interest of any kind, from the 'return of equity/cost of return' payments. While Hydro received the payments from Nepean they were credited to other municipalities or their utilities in the form of lower power bills. The alternative basis for liability—unjust enrichment or restitution—failed, in the opinion of the judge, for three reasons: (i) Ontario Hydro did not receive a benefit; (ii) Ontario Hydro would be unable to recover the amount of any judgment from the municipalities or utilities who received benefits from the overpayment by Nepean; (iii) Nepean had ample opportunity to investigate its legal rights and take legal advice in the first year or two of the system, rather than waiting eight years. I shall have more to say about these matters later in the judgment.

On appeal, MacKinnon A.C.J.O., speaking for the Court of Appeal of Ontario, in a short oral judgment, held that Mr. Justice Craig had correctly interpreted *The Power Corporation Act* in denying Ontario Hydro power and authority to make the impugned charges of \$921,463. The Court agreed that the payments made under mutual mistake of law were not made under the compulsion of urgent or present necessity or under 'practical compulsion' so as to permit recovery of the monies. Finally, the court held that (i) assuming, without deciding, that the trial judge was correct in his conclusion that the parties were not *in pari delicto* and (ii) accepting for the purpose of argument that the principles applicable for an order for the recovery of monies paid under a mistake of law are the same as those applicable for an order for the recovery of monies paid under a mistake of fact once it is established that the parties were not *in pari delicto*, the court could not say that the

bilité première de l'erreur incombait à Ontario Hydro; Ontario Hydro avait de bonne foi et par erreur amené Nepean à croire que ces frais étaient régulièrement autorisés.

a

On a cependant nié à Nepean le droit au recouvrement fondé sur l'«enrichissement sans cause de la demanderesse» pour le motif qu'Ontario Hydro n'a tiré aucun avantage ni aucun profit réel des paiements de «rendement des capitaux propres—frais de rendement». Ontario Hydro a reçu les paiements de Nepean, mais elle les a portés au crédit d'autres municipalités ou de leurs services d'électricité en réduisant le montant de leurs factures d'électricité. L'autre motif de responsabilité invoqué, l'enrichissement illégitime ou la restitution, a échoué, de l'avis du juge, pour trois raisons: (i) Ontario Hydro n'a tiré aucun avantage; (ii) Ontario Hydro serait incapable de recouvrer tout montant adjugé des autres municipalités ou services d'électricité qui ont profité des montants payés en trop par Nepean; (iii) Nepean a eu amplement la possibilité de s'enquérir de ses droits et de demander l'avis de conseillers juridiques au cours de la première ou deuxième année du programme, il ne lui était pas nécessaire d'attendre huit ans. Je reviendrai plus loin à ces questions.

f

En appel, le juge en chef adjoint MacKinnon, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans un court jugement oral, a décidé que le juge Craig avait interprété correctement *The Power Corporation Act* en niant à Ontario Hydro le pouvoir d'exiger les frais contestés de \$921,463. La cour a reconnu que les paiements fondés sur une erreur de droit commune n'ont pas été faits sous la contrainte d'un besoin pressant ou actuel ou sous une «contrainte de fait» qui aurait justifié le recouvrement. En définitive, la cour a conclu que (i) en supposant, sans décider, que le juge de première instance a eu raison de conclure que les parties n'étaient pas parties à un acte illégal et (ii) en acceptant aux fins de l'argumentation que les principes qui s'appliquent à une ordonnance de recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de droit sont les mêmes que ceux qui s'appliquent à une ordonnance de recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de fait après

trial judge erred in concluding it would be 'inequitable' to order Ontario Hydro to repay the monies paid to it under the mistake of law.

### III

I turn first to the authority of Ontario Hydro to charge for 'cost of return'. I may say that I am in agreement with Mr. Justice Craig and the Ontario Court of Appeal that the payments for 'cost of return' made by Nepean were not authorized under the Act. I find the reasoning of Mr. Justice Craig on this point compelling. The Act entitled Ontario Hydro to charge for the cost of supplying and delivering power to its subscribers. The 'cost of return' was not a cost incurred by Ontario Hydro in connection with the delivery and supply of power. Rather, it was a levy designed to recognize payments which had been made in the past by certain municipalities. The whole return/cost system was based on a fiction. It involved Ontario Hydro playing the role of a corporate Robin Hood, taking from certain users and giving to others. As counsel for Nepean submits in his factum, the cost of supplying power would be identical, regardless of whether the charges for 'cost of return' were levied or not.

As Mr. Justice Craig pointed out, there is no statutory basis for the position of Ontario Hydro. The whole concept of certain utilities building up 'equity' in the assets of Ontario Hydro is a concept created by Ontario Hydro in its attempt to be 'fair' to certain users. The statute gives Ontario Hydro certain limited rights. These rights enable it to charge for the cost of supplying power. Ontario Hydro cannot, however, take from one user and give to another because it sees this as 'fair'. Redistributive schemes are not within its authority.

In my opinion, therefore, the appeal falls to be decided on the basis that Ontario Hydro did not have legal authority to levy charges for 'cost of return' from its subscribers.

qu'on a établi que les parties n'étaient pas parties à un acte illégal, la cour ne pouvait affirmer que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il serait «injuste» d'ordonner à Ontario Hydro de rembourser les sommes qui lui ont été payées en raison d'une erreur de droit.

### III

Voyons d'abord le pouvoir qu'a Ontario Hydro d'imposer des «frais de rendement». Je puis dire que je partage l'avis du juge Craig et de la Cour d'appel de l'Ontario, selon lequel la Loi n'autorise pas les paiements de «frais de rendement» faits par Nepean. J'estime que les motifs du juge Craig sur ce point sont convaincants. La Loi autorise Ontario Hydro à réclamer ce qu'il lui en coûte pour fournir et livrer l'électricité à ses abonnés. Les «frais de rendement» ne constituent pas une dépense engagée par Ontario Hydro relativement à la livraison et à la fourniture d'électricité. Il s'agit plutôt d'un montant perçu afin de reconnaître les paiements que certaines municipalités ont faits dans le passé. Tout le système rendement-frais repose sur une fiction. Selon ce système, Ontario Hydro joue le rôle d'un Robin des Bois qui prend quelque chose de certains abonnés pour le donner à d'autres. Comme le soutient l'avocat de Nepean dans son mémoire, le coût de la fourniture d'électricité demeure le même, que les «frais de rendement» soient perçus ou non.

Comme l'a souligné le juge Craig, la position d'Ontario Hydro ne s'appuie sur aucune disposition législative. Tout le concept selon lequel certains services d'électricité locaux acquièrent une «participation» dans l'actif d'Ontario Hydro est créé par Ontario Hydro dans sa tentative d'être «juste» envers certains abonnés. La Loi confère à Ontario Hydro certains droits restreints. Ces droits lui permettent de réclamer ce qu'il lui en coûte pour fournir l'électricité. Ontario Hydro ne peut, cependant, prendre quelque chose à un abonné et le donner à un autre parce qu'elle estime cela «juste». Les plans de redistribution ne relèvent pas de sa compétence.

En conséquence, j'estime que le pourvoi doit être tranché en fonction de la thèse qu'Ontario Hydro n'était pas légalement habilitée à percevoir des «frais de rendement» de ses abonnés.

It was alleged at trial and on appeal that the money paid by Nepean was paid under a mistake of law. It is often said that money paid under a mistake of law is not recoverable. Indeed, Mr. Justice Craig makes this statement in his judgment and regards it as so self-evident that he does not even cite authority to support it. I would now like to address that point.

## IV

The immediate difficulty one faces in any discussion of mistake of law is that to which Professor Winfield has referred (“Mistake of Law” (1943), 59 L.Q.R. 327) namely, when we ask what is the distinction between “law” and “fact” no exact answer is discoverable in the law reports. “The reason for this is that the intrinsic difficulty of laying down any hard and fast line separating the two ideas is so great as to make the task a practical impossibility” (at p. 327). As Roland Champness has noted in his work *Mistake in the Law of Contract* (1933), the statement often made that relief is given against mistake of fact but not against mistake of law is not completely correct in either of its propositions, adding at pp. 8-9:

Thus Stirling, J., in the case of *Allcard v. Walker*, (1896) 2 Ch. 369, at p. 381, is reported as having said: “It is not accurate to say that relief can never be given in respect of a mistake of law. It was laid down by Turner, L.J., in *Stone v. Godfrey* (1854), 5 D.M. & G. 76, at p. 90, that this Court [the Chancery Division] has power to relieve against mistakes of law as well as against mistakes in fact, and this statement was recognised in the judgments of the members of the Court of Appeal in *Rogers v. Ingham* (1876), 3 Ch. D. 351, and particularly by Mellish, L.J. (at p. 357), who refers to it and explains it in the following phrase: ‘That is to say, if there is any equitable ground which makes it, under the particular facts of the case, inequitable that the party who received the money should retain it.’”

The distinction between a mistake of law and a mistake of fact in contract law is commonly regarded as having been made in the case of *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448 by Lord Ellenborough C.J. when, over-

On a soutenu en première instance et en appel que les sommes payées par Nepean ont été versées par suite d’une erreur de droit. On dit souvent qu’on ne peut recouvrer une somme payée en raison d’une erreur de droit. En fait, le juge Craig le dit dans son jugement et il considère cet énoncé comme étant si évident en soi qu’il ne cite aucun texte à son appui. Je veux maintenant aborder cette question.

## IV

La première difficulté qu’on rencontre en examinant l’erreur de droit est celle que mentionne le professeur Winfield («Mistake of Law» (1943), 59 L.Q.R. 327), savoir qu’on ne trouve dans les recueils de jurisprudence aucune réponse exacte à la question de savoir quelle est la différence entre «droit» et «fait». [TRADUCTION] «La raison en est que la difficulté intrinsèque d’établir une ligne de démarcation rigoureuse entre ces concepts est si grande qu’elle rend la tâche pratiquement impossible» (à la p. 327). Comme l’a fait remarquer Roland Champness dans son ouvrage *Mistake in the Law of Contract* (1933), aucun des deux éléments de l’énoncé souvent répété suivant lequel on remédie à l’erreur de fait mais non à l’erreur de droit n’est entièrement exact, et il ajoute aux pp. 8 et 9:

[TRADUCTION] Ainsi le juge Stirling, dans l’arrêt *Allcard v. Walker*, (1896) 2 Ch. 369, à la p. 381, a dit ce qui suit: «Il n’est pas juste de dire qu’on ne peut jamais remédier à une erreur de droit. Dans l’arrêt *Stone v. Godfrey* (1854), 5 D.M. & G. 76, à la p. 90, le lord juge Turner a statué que cette cour (division de la Chancellerie) a le pouvoir de remédier aux erreurs de droit tout comme aux erreurs de fait, et cette affirmation a été reconnue dans les motifs des membres de la Cour d’appel dans l’arrêt *Rogers v. Ingham* (1876), 3 Ch. D. 351, et en particulier par le lord juge Mellish (à la p. 357) qui la mentionne et l’explique en ces termes: «Autrement dit, s’il y a un motif équitable qui fait que, dans les circonstances particulières de l’espèce, il serait injuste que la partie qui a reçu la somme, la conserve.»

On considère généralement que la distinction entre une erreur de droit et une erreur de fait dans le droit des contrats a été établie par le lord juge en chef Ellenborough dans l’arrêt *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448,

turning a line of precedents running back two hundred years, he said at p. 472:

Every man must be taken to be cognizant of the law; otherwise there is no saying to what extent the excuse of ignorance might not be carried. It would be urged in almost every case. In *Lowrie [sic] v. Bourdieu*, money paid under a mere mistake of law (was endeavoured to be recovered back), and there Buller J. observed that *ignorantia juris non excusat*, &c.

There is a rule of law that in certain cases ignorance of law excuses no one; but there is no presumption that every one knows the law. The maxim *ignorantia juris non excusat*, &c. has no relevance to the case of a man seeking to recover back money paid by him in misapprehension of his legal rights, although it has often been so cited and misapplied. The "hasty and ill-considered utterance of Lord Ellenborough" as it was termed by Lord Wright (*Legal Essays and Addresses*, Preface xix (1939)), however, quickly crystallized into the rule that money paid under a mistake of law may not be recovered, whereas an action lies for the recovery of money paid under a mistake of fact.

Nine years after *Bilbie v. Lumley*, Lord Ellenborough did not hesitate to hold (*Perrott and Others v. Perrott* (1811), 14 East 423; 104 E.R. 665) that a deed cancelled under mistake as to the legal effect of a will was not to be regarded as cancelled. "And when once", said he at p. 440, "it is established, as it clearly is, that a mistake in point of fact may also destroy it, it seems difficult upon principle to say that a mistake in point of law, clearly evidenced by what occurs at the time of cancelling should not have the same operation". This correct statement of law seems to have been overlooked by later authorities and Lord Ellenborough's *instanter* and erroneous statement in *Bilbie v. Lumley* survived. The apparent simplicity of the distinction between law and fact had immediate judicial appeal and generated a voluminous jurisprudence despite the "falsity of . . . [its] foundation" (note, (1931) 45 Harv. L. Rev. 336, at p. 337). As Professor Williston has observed, the rule distinguishing mistake of law from mistake of fact

lorsque, renversant un courant jurisprudentiel vieux de deux cents ans, il a dit, à la p. 472:

[TRADUCTION] Nul n'est censé ignorer la loi; sinon qui peut dire jusqu'où ira l'excuse d'ignorance. On la soulèverait dans presque tous les cas. Dans *Lowrie (sic) v. Bourdieu*, (on tentait de recouvrer) une somme payée en raison d'une simple erreur de droit et le juge Buller a souligné que l'ignorance de la loi n'est pas une excuse valable (*ignorantia juris non excusat*, &c.)

Il y a une règle de droit qui porte que dans certains cas, l'ignorance de la loi n'excuse personne; mais il n'y a pas de présomption que chacun connaît la loi. La maxime *ignorantia juris non excusat*, &c. n'a rien à voir avec le cas d'un homme qui cherche à récupérer une somme d'argent qu'il a payée par suite d'un malentendu quant aux droits que lui confère la loi, même si cette maxime a souvent été citée ainsi et appliquée à tort. Cependant, le [TRADUCTION] «propos imprudent et peu réfléchi de lord Ellenborough» comme l'a dit lord Wright (*Legal Essays and Addresses*, Preface xix (1939)) s'est rapidement cristallisé en une règle portant qu'on ne peut recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit alors qu'on peut recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de fait.

Neuf ans après l'arrêt *Bilbie v. Lumley*, lord Ellenborough n'a pas hésité à décider qu'un acte annulé en raison d'une erreur quant à l'effet juridique d'un testament ne devait pas être considéré comme annulé (*Perrott and Others v. Perrott* (1811), 14 East 423; 104 E.R. 665). [TRADUCTION] «Et après avoir établi», dit-il à la p. 440, «comme c'est nettement le cas, qu'une erreur sur une question de fait peut aussi l'annuler, il semble difficile en principe d'affirmer qu'une erreur sur une question de droit, établie clairement par ce qui se produit au moment de l'annulation, ne devrait pas avoir le même effet». Cet énoncé exact du droit semble avoir été négligé dans les décisions ultérieures, alors qu'a subsisté l'énoncé spontané et erroné de lord Ellenborough dans l'arrêt *Bilbie v. Lumley*. La simplicité apparente de la distinction entre le droit et le fait a plu immédiatement aux tribunaux et a donné lieu à une jurisprudence abondante en dépit de la [TRADUCTION] «fausseté de son fondement» (note, (1931) 45 Harv. L. Rev. 336, à la p.



is founded on no sound principle (*Williston on Contracts* (3rd ed.), vol. 13, para. 1581, at p. 536).

Professor Foulke writing in (1911), 11 *Columb. L.R.* 299 had this to say at p. 320:

The distinction between mistake of law and mistake of fact originated in the year 1802, in the notion that the maxim that everyone is presumed to know the law is of general application, and the distinction is still generally observed by the courts. Although some of the greatest lawyers have studied the matter attentively, no one of them has been able either to draw the distinction between a mistake of fact and a mistake of law, or to discover the principle upon which relief will be withheld in case of mistake of law. There are, therefore, good reasons for disregarding the distinction as a mere notion originating in a *dictum* incomprehensible to the greatest minds, having no support in reason, producing hopeless confusion, and incapable of practical application. It has therefore been assumed in the discussion that there is no reason, at least so far as the law of contract is concerned, for distinguishing between a mistake of law and a mistake of fact.

Until the decision in *Bilbie v. Lumley*, no distinction had been made between mistake of fact and mistake of law and money paid under a mistake of law was recoverable both in law and in equity (*Restatement of the Law of Restitution* (1937), "Introductory Note", at p. 179). The popularity of Lord Ellenborough's distinction was no doubt due in part to its coincidence with the beginning of a "period of rigidity in contract law" as Professor Waddams has called it, which also saw the suppression of the law of restitution, (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), at p. 213). "The notion of absolute sanctity of contract cannot live with a flexible system of granting relief against unjust enrichment, for the two sets of principles come too often into conflict" (*ibid.*) Having become firmly enrooted during the course of the nineteenth century as an immutable rule of the common law of contract, it has continued to flourish and sow confusion in this century. The English courts have been loathe to disturb the rule itself, all the while weaving a complicated web of exceptions and qualifications. Although some commentators have postulated that the very tenacity of

337). Comme l'a fait remarquer le professeur Williston, la règle qui distingue l'erreur de droit de l'erreur de fait ne s'appuie sur aucun principe valable (*Williston on Contracts* (3<sup>e</sup> éd.), vol. 13, par. 1581, à la p. 536).

Le professeur Foulke, à (1911), 11 *Columb. L.R.* 299, écrit ce qui suit, à la p. 320:

[TRADUCTION] La distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait est apparue en 1802, avec l'idée que la maxime portant que chacun est censé connaître la loi est d'application générale, et les cours appliquent encore généralement cette distinction. Même si certains avocats parmi les meilleurs ont étudié attentivement la question, aucun n'a été capable de faire la distinction entre une erreur de fait et une erreur de droit, ou de découvrir le principe suivant lequel on ne peut pas remédier à une erreur de droit. En conséquence, il y a de bonnes raisons d'ignorer la distinction qui n'est qu'une simple notion émanant d'une opinion incidente que les plus grands esprits ne peuvent comprendre, qui ne s'appuie sur rien, qui engendre une confusion sans issue et qui est inapplicable en pratique. On a donc présumé, au cours des discussions, qu'il n'y a pas de raison, tout au moins en ce qui a trait au droit des contrats, de faire la distinction entre une erreur de droit et une erreur de fait.

Jusqu'à l'arrêt *Bilbie v. Lumley*, aucune distinction n'avait été faite entre l'erreur de fait et l'erreur de droit et toute somme payée en raison d'une erreur de droit pouvait être recouvrée tant en *common law* qu'en *equity* (*Restatement of the Law of Restitution* (1937), «Introductory Note», à la p. 179). Il n'y a pas de doute que la popularité de la distinction de lord Ellenborough est due en partie à ce qu'elle a coïncidé avec l'avènement de ce que le professeur Waddams a appelé une [TRADUCTION] «période de rigidité dans le droit des contrats», qui a coïncidé également avec la suppression du principe de la restitution (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), à la p. 213). [TRADUCTION] «La notion de l'inviolabilité absolue du contrat et un système souple de recours contre l'enrichissement illégitime ne peuvent coexister parce que ces deux principes entrent trop souvent en conflit» (*ibid.*) S'étant enracinée solidement au cours du dix-neuvième siècle comme règle immuable du droit des contrats, elle a continué à prospérer et à semer la confusion au cours du siècle présent. Les cours d'Angleterre n'ont pas voulu s'attaquer à la règle elle-même, tout en établissant

the rule is sufficient proof of its reasonableness, others have commented that the distinction between mistake of law and mistake of fact has been used as a substitute for adequate analysis of a problem (see Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, para. 14.27, at p. 338). It is, as Corbin has termed it, a "handy rule". "When a court is convinced that restitution should not be decreed, in the pressure of work it is likely to seize upon the first plausible rule that comes handy; and the reader surely well knows how handy the 'mistake of law' rule has become" (*Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, para. 617, at p. 756).

Legal writers and jurists have roundly condemned the rule. Cheshire (*Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (1976), 9th ed.) would appear to uphold the distinction in a passage at p. 641 but in the paragraph immediately following at pp. 641-42 we read:

But while, upon the weight and length of authority, the distinction, it is feared, must still be maintained, the exact demarcation between fact and law has never been determined. All that can be done in the present context is to indicate, by a citation of opposing instances, the considerations present to the minds of judges when they seek to make the distinction. A mistake as to the particular transaction for which or as to the particular individual to whom the money is paid is clearly one of fact.

As I have noted, Lord Ellenborough rested his distinction as to a mistake of law and a mistake of fact upon the maxim *ignorantia juris non excusat*. The maxim is a statement of the general applicability of rules of law and operates to preclude individuals from seeking to excuse themselves from criminal or other liability. Lord Ellenborough imported into the law of contract a maxim of criminal or public law. As Lord Wright has written, one cannot escape the application of a rule of law by pleading ignorance of it, adding:

Lord Ellenborough, however, stated as a dogma that every man must be taken to be cognizant of the law. Whatever force may be given to this in criminal law, it

un réseau compliqué d'exceptions et de réserves. Bien que certains glossateurs aient posé comme principe que la persistance même de la règle est une preuve suffisante de son bien-fondé, d'autres ont fait observer que la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait a été utilisée à la place d'une analyse appropriée d'un problème (voir Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, par. 14.27, à la p. 338). Comme l'a dit Corbin, c'est une «règle commode». [TRADUCTION] «Lorsqu'une cour est convaincue qu'il n'y a pas lieu d'ordonner la restitution, il est probable que, devant un surcroît de travail, elle va recourir à la première règle commode plausible; et le lecteur sait très bien à quel point la règle de «erreur de droit» est devenue commode» (*Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, par. 617, à la p. 756).

Les auteurs et les juristes ont condamné la règle avec vigueur. Cheshire (*Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (1976), 9<sup>e</sup> éd.) semble soutenir la distinction dans un passage à la p. 641, mais on lit à l'alinéa qui suit immédiatement, aux pp. 641 et 642:

[TRADUCTION] Mais alors que, compte tenu de la jurisprudence importante et volumineuse, la distinction, craint-on, doit être maintenue, on n'a jamais établi de façon précise la ligne de démarcation entre le fait et le droit. Tout ce qu'on peut faire dans le contexte actuel, c'est indiquer, en citant des décisions opposées, les considérations que les juges ont à l'esprit lorsqu'ils cherchent à faire la distinction. Il est évident qu'une erreur quant à l'opération visée par le paiement ou quant à la personne à qui le paiement est fait est une erreur de fait.

Comme je l'ai fait remarquer, lord Ellenborough appuyait sa distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait sur la maxime *ignorantia juris non excusat*. Cette maxime est une affirmation de l'applicabilité générale des règles de droit et elle a pour effet d'empêcher les personnes de chercher à se dégager de leur responsabilité criminelle ou autre. Lord Ellenborough a introduit en droit des contrats une maxime de droit criminel ou de droit public. Comme l'a écrit lord Wright, on ne peut échapper à l'application d'une règle de droit en plaidant qu'on l'ignorait, et il ajoute:

[TRADUCTION] Cependant, lord Ellenborough a posé en dogme que nul n'est censé ignorer la loi. Quelle que soit la force qu'on lui prête en droit criminel, il est évident

is clearly not true as a general proposition. It is not only against principle and early authority but against common sense, and has been consistently disavowed by great judges, though often repeated by some who should have known better. The result has been a great confusion in the law relating to transfers by mistake of law, so that the actual position in England would be difficult precisely to define [*Legal Essays and Addresses* (1939), at p. 43].

That the maxim has no place in civil actions was stated in *Lansdown v. Lansdown* (1730), Mos. 364, at p. 365; J. & W. 205: "That maxim of law, Ignorantia juris non excusat, was in regard to the public, that ignorance cannot be pleaded in excuse of crimes, but did not hold in civil cases".

The courts will not enforce illegal contracts. A person with knowledge of the facts who has paid money under an illegal contract cannot recover it (*Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222); an obvious rule of public policy. Relief is given however where an innocent party seeks to redress a bargain which is in fact prohibited by statute. The maxim *ignorantia juris non excusat* would preclude recovery, participation in the transaction being conduct that the legislator has decided must be discouraged, if not sanctioned. The injustice which would often result is at times tempered by application of the doctrine of *in pari delicto*.

There is a distinction to be drawn between illegal contracts and contracts entered into under mistake of law. The public policy issues are not the same and the application of an essentially punitive maxim should not preclude the court from giving redress. In the case of contracts entered into under mistake of law: "Rather than trying to escape the consequences of a rule of law, the plaintiff is seeking to escape consequences that would not have occurred had the law been known and observed. In a general sense it can be said that he seeks to bring the situation into conformity with the rule of law, by asserting rights based upon it" (Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, para. 14.27, at p. 340). Thus the maxim *ignorantia juris*

que ce n'est pas une affirmation générale exacte. Elle va non seulement contre les principes et la jurisprudence ancienne mais aussi contre le bon sens, et des juges éminents l'ont rejetée de façon constante même si certains, qui auraient dû être plus prudents, l'ont souvent reprise. Il en est résulté une grande confusion dans le droit applicable aux transferts par erreur de droit, de sorte qu'il serait difficile de définir de façon précise ce qu'il en est actuellement en Angleterre [*Legal Essays and Addresses* (1939), à la p. 43].

Dans l'arrêt *Lansdown v. Lansdown* (1730), Mos. 364, à la p. 365; 2 J. & W. 205, on a affirmé que cette maxime n'a pas sa place dans les instances civiles: [TRADUCTION] «Cette maxime de droit, *ignorantia juris non excusat*, portait, au point de vue du public, qu'on ne peut invoquer l'ignorance pour excuser un crime, mais elle n'a pas été retenue dans les instances civiles».

Les cours ne feront pas exécuter les contrats illégaux. Une personne qui, consciente des faits, a payé une somme conformément à un contrat illégal ne peut la recouvrer (*Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222); c'est une règle d'intérêt public évidente. Toutefois, il y a possibilité de recours lorsqu'une partie innocente cherche à régulariser un marché qui est effectivement interdit par la loi. La maxime *ignorantia juris non excusat* exclurait tout recouvrement, puisque la participation à l'opération est une conduite que le législateur a décidé de désapprouver, voire punir. L'injustice qui en résulterait souvent est parfois atténuée par l'application de la doctrine *in pari delicto*.

Il faut faire une distinction entre les contrats illégaux et les contrats conclus par suite d'une erreur de droit. Les questions d'intérêt public ne sont pas les mêmes et l'application d'une maxime essentiellement punitive ne devrait pas empêcher les cours d'accorder un redressement. Dans le cas des contrats conclus par suite d'une erreur de droit: [TRADUCTION] «Au lieu d'essayer d'échapper aux conséquences de la règle de droit, le demandeur cherche à échapper à des conséquences qui auraient été évitées s'il avait connu et observé la loi. D'une manière générale, on peut dire qu'il cherche à rendre la situation conforme à la règle de droit, en revendiquant des droits qui en découlent» (Palmer, *The Law of Restitution* (1978),

*non excusat* cannot serve as the foundation for the rule barring recovery.

The modern justification for the existence of the rule against recovery of monies paid under a mistake of law has been the stability of contractual relations. The rule though is often used as a handy means of disposing of cases where, in fact, recovery of money should be barred, and would be, under a more searching analysis of the case.

The adoption of the rule at the beginning of the nineteenth century occurred at a time when the spirit of the law was becoming opposed "to such idealistic formulations as '*aequum et bonum*'" (*Anson's Law of Contract*, 25th ed. (1979), at p. 646). This change in spirit was nourished by the prevailing philosophical, political and economic ideologies of the nineteenth century, the premise being that partners to a contract are enlightened individuals exercising discrimination and free will and courts should not disturb their contractual relations. Stability of contractual relations resulted from this policy of judicial non-interference; stability of contractual relations then became the justification for judicial non-interference. "The attempt in the last century and a half to establish the sanctity of contracts as an absolute value has led to the suppression of open recognition of relief for mistake" (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), at p. 212). The reasoning of Mellish L.J. in *Rogers v. Ingham* (1876), 3 Ch. D. 351 (C.A.) is representative of this trend in contract law; see also *Re Saxon Life Assurance Society* (1862), 2 J. & H. 408; 70 E.R. 1117.

The principle of sanctity of contract implies the assumption of risk by the parties of the consequences of contracting, again an implication perfectly consonant with the supremacy of free will and enlightened self-interest. But, as Professor Waddams points out at pp. 213-14:

... an examination of the cases shows that, as with unconscionability, so with mistake, contract values are

vol. III, par. 14.27, à la p. 340). Ainsi, la maxime *ignorantia juris non excusat* ne peut servir de fondement à la règle qui interdit le recouvrement.

*a* De nos jours, on invoque la stabilité des rapports contractuels pour justifier l'existence de la règle qui interdit le recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit. Cependant, la règle est souvent utilisée comme un moyen commode de régler une affaire dans laquelle, en fait, le recouvrement d'une somme devrait être interdit, et le serait au terme d'une analyse plus poussée.

*c* L'adoption de la règle au début du dix-neuvième siècle est survenue à une époque où l'esprit de la loi commençait à s'opposer [TRADUCTION] «à des formulations idéalistes comme '*aequum et bonum*'» (*Anson's Law of Contract*, 25<sup>e</sup> éd. (1979), à la p. 646). Ce changement d'esprit était alimenté par les idéologies philosophiques, politiques et économiques dominantes du dix-neuvième siècle, ayant pour prémisse que les parties à un contrat sont des personnes éclairées qui agissent avec discernement et en toute liberté, et que les cours ne doivent pas s'immiscer dans leurs rapports contractuels. Cette politique de non-intervention judiciaire est à la source de la stabilité des rapports contractuels qui est alors devenue la justification de la non-intervention judiciaire. [TRADUCTION] «La tentative, au cours du dernier siècle et demi, d'établir en valeur absolue l'inviolabilité des contrats a entraîné la suppression de la reconnaissance claire du redressement en cas d'erreur» (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), à la p. 212). Les motifs du lord juge Mellish dans l'arrêt *Rogers v. Ingham* (1876), 3 Ch. D. 351 (C.A.) reflètent cette tendance en droit des contrats; voir aussi *Re Saxon Life Assurance Society* (1862), 2 J. & H. 408; 70 E.R. 1117.

*i* Le principe de l'inviolabilité du contrat sous-tend que les parties acceptent à leurs risques les conséquences du contrat, ce qui est là encore parfaitement compatible avec la suprématie de la liberté et de l'intérêt personnel éclairé. Mais, comme le fait remarquer le professeur Waddams aux pp. 213 et 214:

*j* [TRADUCTION] ... à l'examen de la jurisprudence, il ressort que, en présence de l'erreur tout comme en

not absolute and must be weighed against other considerations.

Everyone is against unjust enrichment, just as we are all in favour of enforcement of valid contracts. If the contract is enforceable, then the enrichment cannot be unjust. But if the enrichment is unjust then the contract must be unenforceable. The circle is inextricable. Unjust enrichment is no formula for easy solutions. But it does, it is suggested, provide a useful framework in which to strike the necessary balance.

Certainty in contractual relations cannot be the sole and overriding principle guiding the courts. As has been pointed out by innumerable authors and judges:

It is clear that any civilized system of law is bound to provide remedies for cases of what has been called unjust enrichment or unjust benefit, that is to prevent a man from retaining the money of or some benefit derived from another which it is against conscience that he should keep [*Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Limited*, [1943] A.C. 32, at p. 61 per Lord Wright].

Certainty in commerce and in public transactions would seem to be better served by the non-recognition of a rule which sows confusion and which has so little to recommend it.

Although the venerability of the distinction between mistake of fact and mistake of law is often paid lip service, legal commentators have for a long time been calling for its elimination and the judges have been eroding its force by means of numerous exceptions and qualifications. Corbin states emphatically that its "time has come":

In spite of the many decisions and dicta pro and con—indeed, because of them, it is believed that the time has come to say that the exceptions now make the rule, that social policy requires that mistake of law and mistake of fact be treated alike, and that in granting relief for mistake the attention of the court should be directed to the other factors in the case [*Corbin on Contracts* (1960), vol. 3, para. 616, at p. 752].

Palmer calls the distinction "unfortunate" and believes "the law of mistake could be administered

présence de l'inconscience, les valeurs contractuelles ne sont pas absolues et doivent être sous-pesées en fonction d'autres considérations.

<sup>a</sup> Tous sont contre l'enrichissement illégitime, tout comme nous sommes tous en faveur de l'exécution des contrats valides. Si le contrat peut être exécuté, alors l'enrichissement ne peut être illégitime. Mais si l'enrichissement est illégitime, alors le contrat doit être inexécutable. C'est la quadrature du cercle. L'enrichissement illégitime n'est pas un mode de solution facile. Mais on estime qu'il fournit un cadre utile qui permet d'atteindre l'équilibre nécessaire.

<sup>c</sup> La certitude dans les rapports contractuels ne peut être le seul principe essentiel qui guide les cours. Comme l'ont souligné de très nombreux auteurs et juges:

[TRADUCTION] Il est clair que tout régime de droit civilisé se doit de prévoir des recours dans le cas de ce qu'on a appelé l'enrichissement illégitime ou l'avantage indu, c'est-à-dire d'empêcher une personne de conserver l'argent ou un avantage qu'elle a perçu d'une autre personne et qu'il serait moralement inacceptable qu'elle conserve [*Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Limited*, [1943] A.C. 32, à la p. 61, motifs de lord Wright].

<sup>f</sup> Il semble que la certitude dans le commerce et les transactions publiques serait mieux assurée par la non-reconnaissance d'une règle qui sème la confusion et qui présente si peu d'avantages.

<sup>g</sup> Même si on rend souvent hommage pour la forme à la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, les glossateurs demandent son élimination depuis longtemps et les juges en ont miné la portée par de nombreuses exceptions et réserves. Corbin souligne énergiquement qu'elle est <sup>h</sup> [TRADUCTION] «dépassée»:

[TRADUCTION] Malgré les nombreuses décisions et opinions pour et contre, et en fait à cause de celles-ci, on croit le moment venu de dire que désormais, les exceptions font la règle, que la politique sociale exige que l'erreur de droit et l'erreur de fait soient traitées également, et qu'en remédiant à l'erreur, la cour devrait s'attarder à d'autres facteurs présents en l'espèce [*Corbin on Contracts* (1960), vol. 3 (1960), par. 616, à la p. 752].

<sup>j</sup> Palmer qualifie la distinction de [TRADUCTION] «malheureuse» et croit que [TRADUCTION] «de

more justly without it" (*The Law of Restitution* (1978), vol. III, para. 16.4, at p. 467). These are American authorities. Goff and Jones, however, in their major British text, also would eliminate the distinction between mistake of law and mistake of fact, with one exception:

In our view the principle in *Bilbie v. Lumley* should only preclude recovery of money which was paid in settlement of an honest claim. Any other payment made under a mistake of law should be recoverable if it would have been recoverable had the mistake been one of fact [*The Law of Restitution*, 2nd ed. (1978), at p. 91].

It is true that the general rule is often expressed in terms of non-recovery. However Goff and Jones are of the view that this proposition is based on an erroneous reading of *Bilbie v. Lumley*. They argue, convincingly, that *Bilbie v. Lumley* was a case in which a payment was made in settlement of an honest claim. Payment made in these circumstances is irrecoverable, even if later events indicate that the payor was foolish to have acceded to the request for payment. However, the authors do not believe that *Bilbie v. Lumley* and those cases which followed, should be taken to establish the broad proposition that all payments made under a mistake of law are *prima facie* irrecoverable. Goff and Jones suggest the general test, which I would adopt, that the money should be returned if, on general principles of equity, it would be unjust to allow the recipient of the benefit to retain it. In short, the question of mistake of law should be seen as just one more category in the general law of unjust enrichment. If the defendant has been unjustly enriched at the expense of the plaintiff, then he should be forced to disgorge the benefit. Goff and Jones are, in fact, espousing the adoption of the solution found in the *Restatement of the Law of Restitution*, para. 44.

Professor Fridman echoes the American authorities who see the distinction between mistake of law and mistake of fact as one whose time has come:

droit relatif à l'erreur serait mieux servi si on n'y avait pas recours» (*The Law of Restitution* (1978), vol. III, par. 16.4, à la p. 467). Il s'agit là d'auteurs américains. Toutefois, Goff et Jones, dans leur important ouvrage de droit britannique, élimineraient eux aussi la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait, à une exception près:

[TRADUCTION] A notre avis, le principe de l'arrêt *Bilbie v. Lumley* ne devrait exclure que le recouvrement d'une somme qui a été payée en règlement d'une réclamation honnête. Tout autre paiement fait en raison d'une erreur de droit devrait être recouvrable s'il était recouvrable dans le cas d'une erreur de fait [*The Law of Restitution*, 2<sup>e</sup> éd. (1978), à la p. 91].

Il est vrai que la règle générale est souvent exprimée en termes de non-recouvrement. Goff et Jones sont cependant d'avis que cette thèse se fonde sur une interprétation erronée de l'arrêt *Bilbie v. Lumley*. Ils font valoir, d'une façon convaincante, que dans l'arrêt *Bilbie v. Lumley*, le paiement avait été fait en règlement d'une réclamation honnête. Un paiement fait dans ces circonstances n'est pas recouvrable, même si des événements ultérieurs indiquent qu'il était ridicule de la part de l'auteur du paiement d'acquiescer à la demande de paiement. Les auteurs ne croient pas toutefois que l'arrêt *Bilbie v. Lumley* et ceux qui l'ont suivi doivent s'interpréter comme posant le principe général que tous les paiements faits en raison d'une erreur de droit ne sont pas recouvrables à première vue. Goff et Jones proposent le critère général, que je suis d'avis d'adopter, selon lequel la somme devrait être remboursée si, selon les principes généraux de l'*equity*, il serait injuste de permettre à la personne qui l'a reçue de la conserver. En bref, il faudrait considérer la question de l'erreur de droit comme étant uniquement une autre catégorie du droit général applicable à l'enrichissement illégitime. Si le défendeur s'est enrichi injustement aux dépens du demandeur, alors il devrait être forcé de rendre ce qu'il a reçu. En fait, Goff et Jones préconisent l'adoption de la solution proposée dans *Restatement of the Law of Restitution*, par. 44.

Le professeur Fridman reprend la doctrine et la jurisprudence américaine qui estime que la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait est dépassée:

This [referring to the decision in *Solle v. Butcher*], it is suggested, indicates how narrow and indistinct is the line between fact and law in some, if not indeed, many instances. In view of this perhaps the time has come to eradicate from the law, at least in certain circumstances, this particular distinction [*The Law of Contract in Canada* (1976), at p. 88].

Professors Reiter and Swan in their recent text, *Studies in Contract Law*, speak of the difficulties of determining what is a mistake of law and what is a mistake of fact:

The impossibility of indicating what is a mistake of law and what is a mistake of fact forces any analysis of mistake to take the same view of all mistakes—mistakes of law as well as mistakes of fact. To deny relief because the mistake is one of law is simply to say that that risk was on the party who suffered the loss. This tacit risk allocation must be justified. No general rule to provide for an allocation of such risks can be laid down as each case must be decided on its own facts and with reference to the broad range of factors that have been already mentioned (at pp. 231-32).

Various means of avoiding the application of the rule precluding recovery of money paid under mistake of law have developed, the most obvious one being to characterize the mistake as one of fact. This was the technique used in *Solle v. Butcher*, [1950] 1 K.B. 671 (C.A.), the “artificiality” of which Cheshire has commented on (*Cheshire and Fifoot’s Law of Contract, supra*, at p. 644). (See also *George (Porky) Jacobs Enterprises Ltd. v. City of Regina*, [1964] S.C.R. 326 *per* Hall J.)

Another technique has been to engraft upon an already vague distinction (that between law and fact) an equally vague distinction between “general law” and “private right”; the so-called test formulated by Lord Westbury in *Cooper v. Phibbs, Cooper, and Others* (1867), L.R. 2 H.L. 149. The maxim *ignorantia juris non excusat* it is said, and thus the rule barring recovery of money paid under mistake of law, has no application where there is a private right involved as opposed to a question of the applicability of the general law. This is undoubtedly a more correct usage of the maxim. Thus a “[p]rivate right of ownership is

[TRADUCTION] Cela, dit-on, [au sujet de l’arrêt *Solle v. Butcher*] indique à quel point, dans certains sinon dans de nombreux cas, la ligne de démarcation entre le fait et le droit est ténue et confuse. Compte tenu de cette situation, il est peut-être temps d’éliminer du droit, au moins dans certains cas, cette distinction particulière [*The Law of Contract in Canada* (1976), à la p. 88].

Dans leur récent ouvrage *Studies in Contract Law*, les professeurs Reiter et Swan parlent de la difficulté de définir ce qu’est une erreur de droit et ce qu’est une erreur de fait:

[TRADUCTION] L’impossibilité de déterminer ce qu’est une erreur de droit et ce qu’est une erreur de fait oblige, dans un examen de l’erreur, à considérer toutes les erreurs, de fait ou de droit, sur un même pied. Le refus d’accorder un redressement parce qu’il s’agit d’une erreur de droit revient simplement à dire que le risque était assumé par la partie qui a subi la perte. Il faut justifier cette attribution tacite du risque. On ne peut poser aucune règle générale qui prévoie l’attribution de ces risques puisque chaque cas doit être décidé en tenant compte des faits de l’espèce et de la multiplicité des facteurs déjà mentionnés (aux pp. 231 et 232).

Divers moyens d’éviter l’application de la règle qui interdit de recouvrer une somme payée en raison d’une erreur de droit ont été élaborés, le plus évident étant de qualifier l’erreur d’erreur de fait. C’est le moyen qui a été utilisé dans l’arrêt *Solle v. Butcher*, [1950] 1 K.B. 671 (C.A.), et dont le «caractère artificiel» a fait l’objet d’observations de la part de Cheshire (*Cheshire and Fifoot’s Law of Contract, précité*, à la p. 644). (Voir aussi *George (Porky) Jacobs Enterprises Ltd. c. City of Regina*, [1964] R.C.S. 326, motifs du juge Hall).

Un autre moyen consiste à greffer à une distinction déjà vague (celle entre le droit et le fait) une distinction tout aussi vague entre «le droit en général» et «les droits privés»; c’est le supposé critère formulé par lord Westbury dans l’arrêt *Cooper v. Phibbs, Cooper, and Others* (1867), L.R. 2 H.L. 149. On dit que la maxime *ignorantia juris non excusat*, et par conséquent la règle qui interdit le recouvrement d’une somme payée en raison d’une erreur de droit, ne s’applique pas lorsqu’il s’agit d’un droit privé comparativement à la question de l’applicabilité du droit en général. Il n’y a pas de doute que c’est là un usage plus juste de la

a matter of fact; it may be the result also of matter of law; but if parties contract under a mutual mistake and misapprehension as to their relative and respective rights, the result is, that the agreement is liable to be set aside as having proceeded upon a common mistake” (*Cooper v. Phibbs, supra*, at p. 170). The private rights/general law distinction is really a variation on the judicial technique of characterizing mistakes of law as mistakes of fact.

Courts have also allowed money paid under a mistake of law to be recovered where the payment is not a “voluntary” payment. This is not surprising and is consonant with the strictest interpretation of the sanctity of contractual relations. Contracts are entered into by free and enlightened individuals acting in their own self-interest. Fraud, duress, oppression, undue influence, “compulsion” as it has been termed, vitiate the contract and the courts will remedy the wrong, irrespective of whether or not there has been a mistake of law. Thus in *Farmer v. Arundel* (1772), 2 Black W. 824; 96 E.R. 485, De Grey C.J. said at pp. 825-26:

When money is paid by one man to another on a mistake either of fact or of law, or by deceit, this action will certainly lie. But the proposition is not universal, that whenever a man pays money which he is not bound to pay, he may by this action recover it back. Money due in point of honour or conscience, though a man is not compellable to pay it, yet if paid, shall not be recovered back: as a bonâ fide debt, which is barred by the Statute of Limitations.

In *Bize v. Dickason and Another* (1786), 1 T.R. 285; 99 E.R. 1097, Mansfield C.J. expressed the principle in these words at pp. 286-87:

[T]he rule had always been, that if a man has actually paid what the law would not have compelled him to pay, but what in equity and conscience he ought, he cannot recover it back again in an action for money had and received. So where a man has paid a debt, which would otherwise have been barred by the Statute of Limitations; or a debt contracted during his infancy, which in

maxime. Ainsi, un [TRADUCTION] «droit de propriété privé est une question de fait, il peut découler aussi d’une question de droit; mais si les parties ont passé un contrat en raison d’une erreur et d’une méprise communes quant à leurs droits relatifs et respectifs, il en résulte que le contrat peut être annulé parce qu’il découle d’une erreur commune» (*Cooper v. Phibbs*, précité, à la p. 170). La distinction entre les droits privés et le droit en général est véritablement un changement de la technique judiciaire qui consiste à qualifier d’erreur de fait une erreur de droit.

Les cours ont également autorisé le recouvrement de sommes payées en raison d’une erreur de droit lorsque le paiement n’était pas «volontaire». Cela n’est pas étonnant et est conforme à l’interprétation la plus stricte de l’inviolabilité des rapports contractuels. Les contrats sont conclus par des personnes libres et éclairées qui agissent dans leur propre intérêt. La fraude, la violence, l’oppression, l’intimidation, l’influence indue, la «contrainte» comme on l’a appelée, vicie le contrat et les cours y remédieront, peu importe qu’il y ait eu ou non une erreur de droit. Ainsi, dans l’arrêt *Farmer v. Arundel* (1772), 2 Black W. 824; 96 E.R. 485, le juge en chef De Grey a affirmé ce qui suit, aux pp. 825 et 826:

[TRADUCTION] Lorsqu’un homme paie à un autre une somme par suite d’une erreur de fait ou de droit, ou d’une fraude, ce recours lui est certainement permis. Mais on ne peut pas ériger en principe général que dans tous les cas où un homme paie une somme qu’il n’est pas tenu de payer, il peut la recouvrer en exerçant ce recours. Une somme due sur l’honneur ou en conscience, si elle est payée alors qu’on ne peut être forcé de la payer, ne peut être recouvrée; le recouvrement de cette dette réelle est interdit par la *Statute of Limitations*.

Dans l’arrêt *Bize v. Dickason and Another* (1786), 1 T.R. 285; 99 E.R. 1097, le juge en chef Mansfield a énoncé comme suit le principe, aux pp. 286 et 287:

[TRADUCTION] La règle a toujours été que si un homme a effectivement payé une somme qu’il devait en toute équité et conscience, mais qu’il n’aurait pas été tenu de payer en vertu de la loi, il ne peut la recouvrer au moyen d’une action pour enrichissement sans cause. Ainsi, si un homme a acquitté une dette qui serait par ailleurs prescrite en vertu de la *Statute of Limitations*, ou une



justice he ought to discharge, though the law would not have compelled the payment, yet the money being paid, it will not oblige the payee to refund it. But where money is paid under a mistake, which there was no ground to claim in conscience, the party may recover it back again by this kind of action.

This principle of Lord Mansfield seems to have been transformed into the proposition enunciated by Craig J. in this case [at p. 156] that "money paid voluntarily (and not paid under protest) under a mutual mistake of law is not recoverable . . ." Such a proposition is simply untenable. Money paid under a mistake of law (or fact for that matter) would rarely be paid under protest; the parties under a mutual mistake of law assume that the money is, in law, due and owing.

A further judicial development to circumvent the rule barring recovery under mistake of law is what might be termed the *Kiriri* principle (*Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192). Basically it allows a party to benefit from a "protective statute" and to recover money paid under a mistake of law, where the "law" in question is a statute whose purpose is to protect his interests. This is surely a common sense proposition. It is impossible to know all the law, presumptions and maxims to the contrary notwithstanding. To deprive a citizen of the benefit of a statute designed precisely for his protection solely because he is unaware of its existence is an absurdity.

Finally, the most significant judicial development in the area of mistake of law is not an exception or qualification to the rule but rather the resurgence in English and Canadian jurisprudence of the doctrine of restitution or unjust (or unjustified) enrichment. The *Fibrosa* decision, and Lord Wright's reasons in particular, marked the "modern revival of restitution as a flexible and growing system" (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), at p. 213, n. 6). Once a doctrine of restitution or unjust enrichment is recognized, the distinction as to mistake of law and mistake of fact

dette contractée pendant sa minorité, qu'il se devait en toute justice d'acquitter même si la loi ne pouvait le forcer à la payer, une fois la somme payée, celui qui l'a reçue ne pourra être forcé à la rembourser. Mais lorsque la somme est payée en raison d'une erreur et qu'il n'y avait moralement aucun motif de la réclamer, la partie peut la recouvrer au moyen d'une telle action.

Ce principe de lord Mansfield semble s'être transformé en la thèse énoncée par le juge Craig en l'espèce [à la p. 156] portant que [TRADUCTION] «la somme payée volontairement (et non sous réserve) en raison d'une erreur de droit commune ne peut être recouvrée . . .» Cette thèse est tout simplement insoutenable. Une somme payée en raison d'une erreur de droit (ou de fait dans ce cas) est rarement payée sous réserve; les parties à une erreur de droit commune présument que la somme est légalement due et payable.

Un autre moyen que les juges ont utilisé pour contourner la règle qui interdit le recouvrement dans le cas d'une erreur de droit est ce qu'on pourrait appeler le principe de l'arrêt *Kiriri* (*Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192). Fondamentalement, ce principe permet à une partie de se prévaloir d'une «loi protectrice» et de recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit lorsque la «loi» en question vise à protéger ses intérêts. Cette proposition s'appuie certainement sur le bon sens. Il est impossible de connaître toutes les lois, nonobstant les présomptions et les maximes contraires. Il serait absurde d'empêcher un citoyen de tirer avantage d'une loi conçue précisément pour assurer sa protection simplement parce qu'il ne la connaît pas.

Enfin, l'apport judiciaire le plus important dans le domaine de l'erreur de droit n'est pas une exception ni une restriction à la règle, mais plutôt la réapparition, dans la jurisprudence anglaise et canadienne, de la doctrine de la restitution ou de l'enrichissement illégitime (ou injustifié). L'arrêt *Fibrosa* et, en particulier, les motifs de lord Wright ont marqué le [TRADUCTION] «retour moderne de la restitution comme système souple et de plus en plus répandu» (Waddams, *The Law of Contracts* (1977), à la p. 213, n. 6). Une fois admise la doctrine de la restitution ou de l'enri-

becomes simply meaningless.

This Court has applied the doctrine of restitution or unjust enrichment in the case of the *Corporation of the County of Carleton v. Corporation of the City of Ottawa*, [1965] S.C.R. 663. In this case the County of Carleton had mistakenly paid for the maintenance of an indigent whose maintenance, pursuant to by-law and agreement, was properly the responsibility of the City of Ottawa. There was no discussion as to the existence of a mistake of law (responsibility under the by-law or the several agreements providing for social welfare) or a mistake of fact (the solicitor for the County of Carleton had neglected to include this particular indigent in a list of welfare cases delivered to the City of Ottawa). The action was based and decided upon the doctrine of restitution. Citing Lord Wright's famous statement in the *Fibrosa* case Hall J. held at p. 669 that:

The respondent [City of Ottawa] by the act and fact of annexation and by the terms of said Exhibit 11, para. 10 assumed responsibility for the social service obligations of the appellant [County of Carleton] to the residents of the area annexed, and the fact that one welfare case was inadvertently omitted from the list cannot permit the respondent to escape the responsibility for that case. To paraphrase Lord Wright, it is against conscience that it should do so.

Were it not for the fact that an action for recovery exists for money paid under a mistake of fact, there might be an argument that a rule precluding recovery of money paid by mistake serves a legitimate purpose; the rule assures the finality of transactions. A hard rule, but an unambiguous one. However, as Palmer has written:

The policy against reopening settled transactions has insufficient force to lead to a refusal of restitution of money paid in the belief that it is owed when it is not. This is clear if the mistake is one of fact, and no reason is suggested or is present to support a different view because the mistake is one of law [Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, para. 14.27, at p. 342].

chissement illégitime, la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait perd simplement tout son sens.

Dans l'arrêt *Corporation of the County of Carleton c. Corporation of the City of Ottawa*, [1965] R.C.S. 663, cette Cour a appliqué la doctrine de la restitution ou de l'enrichissement illégitime. Dans cette affaire, le comté de Carleton avait par erreur payé l'entretien d'un indigent et, conformément à un règlement et à une entente, la responsabilité de cet entretien incombait en réalité à la ville d'Ottawa. On n'a pas mentionné l'existence d'une erreur de droit (la responsabilité en vertu du règlement ou de plusieurs ententes en matière d'aide sociale) ou d'une erreur de fait (le procureur du comté de Carleton avait négligé d'inscrire le nom de cet indigent sur la liste des bénéficiaires de l'aide sociale fournie à la ville d'Ottawa). L'action a été intentée et décidée conformément à la doctrine de la restitution. En citant l'énoncé de lord Wright dans l'arrêt *Fibrosa*, le juge Hall a conclu ce qui suit, à la p. 669:

[TRADUCTION] L'intimée [la ville d'Ottawa], du fait de l'annexion et aux termes de ladite pièce 11, par. 10, a assumé les obligations d'aide sociale de l'appelant [le comté de Carleton] envers les résidents de la zone annexée, et le fait que le nom d'un bénéficiaire de l'aide sociale ait été omis de la liste par inadvertance ne permet pas à l'intimée de se dégager de sa responsabilité à l'égard de ce bénéficiaire. Pour reprendre les termes de lord Wright, il serait moralement inacceptable qu'elle puisse le faire.

Si l'action en recouvrement n'existait pas dans le cas d'une somme payée en raison d'une erreur de fait, on pourrait faire valoir que la règle qui interdit le recouvrement d'une somme payée en raison d'une erreur répond à une fin légitime; la règle assure l'irrévocabilité des transactions. Une règle sévère, mais claire. Toutefois, comme l'a écrit Palmer:

[TRADUCTION] La politique qui interdit le réexamen des transactions conclues n'a pas suffisamment de force pour entraîner le refus de restituer une somme payée par une personne convaincue qu'elle est due alors qu'elle ne l'est pas. Cela est évident s'il s'agit d'une erreur de fait, et on ne propose ni ne présente aucune raison appuyant une opinion différente parce qu'il s'agit d'une erreur de droit [Palmer, *The Law of Restitution* (1978), vol. III, par. 14.27, à la p. 342].

By allowing an action for recovery of money paid under mistake of fact the courts have recognized that the finality of transactions is not an absolute value. With the greatest respect for those of contrary view, I am of opinion that the distinction between mistake of law and mistake of fact serves no useful purpose. The commentators have been unable to find a real basis for its existence and have been unsparing in their criticism of it. And in other legal systems the distinction does not exist. The Quebec Civil Code, basing itself on the French Civil Code, sets out the rules applicable to recovery of money not due with precision and clarity in arts. 1047 and following. Article 1047 reads:

**Art. 1047.** He who receives what is not due to him, through error of law or of fact, is bound to restore it; or if it cannot be restored in kind, to give the value of it.

If the person receiving be in good faith, he is not obliged to restore the profits of the thing received. [Emphasis added.]

The Quebec codifiers in 1866 were very careful to guard against the unwarranted importation of the distinction between mistake of law and mistake of fact into Quebec law.

The policy question which must be determined is whether this Court wishes to recognize, and to perpetuate, what has been rightly referred to by Judge Learned Hand as "that most unfortunate doctrine" (*St. Paul & Marine Ins. Co. v. Pure Oil Co.*, 63 F.2d 771 (2d Cir. 1933), at p. 773), and by Patterson ("Improvements in the Law of Restitution" (1954-55), 40 Cornell L.Q. 667, at p. 676) as the "monstrous mistake of law made by Lord Ellenborough" or whether we should apply to claims for relief on the ground of mistake of law the same criteria and principles that would apply to a mistake of fact. Unless the contract or payment is tainted with illegality there is no compelling reason why recovery of payments made under mistake should be denied simply by reason of the fact that the mistake is one of law rather than one of fact.

I should prefer to reach this result by putting mistakes of law and mistakes of fact on the same footing rather than by increasing the number of

En accueillant une action en recouvrement d'une somme payée en raison d'une erreur de fait, les cours ont reconnu que l'irrévocabilité des transactions n'est pas une valeur absolue. Avec les plus grands égards pour ceux qui sont d'avis contraire, j'estime que la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait est inutile. Les glossateurs n'ont pu trouver de fondement réel à son existence et ils n'ont pas manqué de la critiquer. En outre, la distinction n'existe pas dans d'autres régimes juridiques. Le Code civil du Québec, qui s'inspire du Code civil français, énonce avec précision et clarté aux art. 1047 et suivants les règles applicables au recouvrement d'une somme indue. L'article 1047 se lit comme suit:

**Art. 1047.** Celui qui reçoit par erreur de droit ou de fait, ce qui ne lui est pas dû est obligé de le restituer; et s'il ne peut le restituer en nature, d'en payer la valeur.

Si la personne qui reçoit est de bonne foi, elle n'est pas obligée de restituer les profits qu'elle a perçus de la chose. [C'est moi qui souligne.]

En 1866, les codificateurs du Québec ont pris soin de ne pas introduire sans raison en droit québécois la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.

La question générale qu'il faut trancher est de savoir si cette Cour souhaite reconnaître et perpétuer ce que le juge Learned Hand a qualifié à juste titre de [TRADUCTION] «doctrine si regrettable» (*St. Paul & Marine Ins. Co. v. Pure Oil Co.*, 63 F.2d 771 (2d Cir. 1933), à la p. 773), et ce que Patterson («Improvements in the Law of Restitution» (1954-55), 40 Cornell L.Q. 667, à la p. 676) a qualifié de [TRADUCTION] «erreur de droit monstrueuse commise par lord Ellenborough», ou si elle devrait appliquer aux demandes de recouvrement fondées sur l'erreur de droit les mêmes critères et principes qui s'appliquent à l'erreur de fait. A moins que le contrat ou le paiement ne soit entaché d'illégalité, il n'y a aucune raison impérieuse de refuser le recouvrement de paiements faits par erreur pour le simple motif qu'il s'agit d'une erreur de droit plutôt que d'une erreur de fait.

Je préférerais en arriver à ce résultat en traitant l'erreur de droit et l'erreur de fait sur le même pied plutôt qu'en augmentant le nombre des excep-

exceptions engrafted on the rule and which have already, to a great extent, emasculated the rule. One author (32 Harv. L. Rev. 283) has noted ten exceptions to the rule, which he characterized as a “decrepit doctrine unsupportable on principle, and unjust in its operation” (at p. 285). The tendency to further extension is to be noted in two decisions of this Court (*George (Porky) Jacobs Enterprises Ltd. v. City of Regina, supra*, and *Eadie v. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573). Professor McTurnan in a lengthy article, “An Approach to Common Mistake in English Law”, (1963), 41 Can. Bar Rev. 1, writes at p. 34:

It would be best to abolish the mistake of law rule, place mistakes of law and of fact on an equal footing, and recognize that with mistakes of law the principle of conscious ignorance or conscious assumption of risk will often prevent relief. The next best course — perhaps the one the courts are taking — would be to expand the exceptions and thereby deny relief for a mistake of law only where the risk legitimately belonged to the bargain.

The true doctrine must surely be that enunciated by Lord Mansfield in *Bize v. Dickason, supra*, at p. 287:

... where money is paid under a mistake, which there was no ground to claim in conscience, the party may recover it back . . .

#### V

If the distinction between mistake of fact and mistake of law is eliminated then any discussion of *in pari delicto* is really unnecessary. Mr. Justice Craig spent considerable time attempting to show that there was a primary obligation on Ontario Hydro to interpret the statute and therefore Nepean was not ‘*in pari delicto*’. The analogy was drawn to *Kiriri Cotton*, where a tenant who had made a payment under an illegal contract was found not to be ‘*in pari delicto*’ with the landlord; therefore the tenant was entitled to recover the illegal premium. The general rule is that money paid under an illegal contract is not recoverable. Therefore, it was necessary for the courts to find that the parties were not ‘*in pari delicto*’ in order for the tenant to recover the benefit.

tions à la règle, qui, dans une large mesure, l’ont déjà affaiblie. Un auteur (32 Harv. L. Rev. 283) a relevé dix exceptions à la règle qu’il a qualifiée de [TRADUCTION] «doctrine décrépète insoutenable en principe et injuste dans son application» (à la p. 285). La tendance à ajouter des exceptions est à souligner dans deux arrêts de cette Cour (*George (Porky) Jacobs Enterprises Ltd. c. City of Regina, précité*, et *Eadie c. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573). Dans un long article intitulé «An Approach to Common Mistake in English Law», (1963), 41 R. du B. Can. 1, le professeur McTurnan écrit, à la p. 34:

[TRADUCTION] Il serait préférable d’abolir la règle de l’erreur de droit, de traiter sur un même pied les erreurs de droit et de fait et de reconnaître que dans le cas d’une erreur de droit, le principe de l’ignorance consciente ou de l’acceptation consciente du risque empêchera souvent le recours. La seconde solution, peut-être celle qu’adoptent les cours, serait d’accroître le nombre d’exceptions et de ne refuser ainsi le recours fondé sur l’erreur de droit que lorsque le contrat comporte un risque légitime.

La véritable doctrine doit sûrement être celle énoncée par lord Mansfield dans l’arrêt *Bize v. Dickason, précité*, à la p. 287:

[TRADUCTION] . . . lorsque la somme est payée en raison d’une erreur et qu’il n’y avait moralement aucun motif de la réclamer, la partie peut la recouvrer . . .

#### V

Si on élimine la distinction entre l’erreur de fait et l’erreur de droit, alors il n’est plus vraiment nécessaire de débattre la question des parties à un acte illégal. Le juge Craig a consacré beaucoup de temps à tenter d’établir que l’obligation première d’interpréter la loi incombait à Ontario Hydro et que, par conséquent, Nepean n’était pas partie à un acte illégal. On a fait le lien avec l’arrêt *Kiriri Cotton*, dans lequel on a conclu qu’un locataire qui avait fait un paiement en vertu d’un contrat illégal n’était pas partie à un acte illégal avec le propriétaire; par conséquent, le locataire avait le droit de recouvrer la prime illégale. En règle générale, on ne peut recouvrer une somme payée en vertu d’un contrat illégal. Il était donc nécessaire que les cours concluent que les parties n’étaient pas parties à un acte illégal pour que le locataire puisse recouvrer la somme versée.

I agree with the judge at trial that the primary obligation for interpretation of the relevant issue rested on the shoulders of Ontario Hydro. An analogy can be drawn between this case and the case of *Eadie v. The Corporation of the Township of Brantford, supra*. In the *Eadie* case, a township had demanded payment of sums under certain by-laws which were subsequently declared *ultra vires*. This Court held that the township was under a duty to the taxpayers of the municipality; when it exacted payment of money on the basis of an illegal by-law, then it was not *in pari delicto* with the taxpayer who was required to pay.

## VI

This leaves what is perhaps the most difficult issue of the case. It is simply this: are there any equitable reasons which preclude recovery by Nepean? This question is crucial whether one adopts the approach which I would prefer or the '*in pari delicto*' analysis of the Ontario Court of Appeal and of Mr. Justice Craig. As the trial judge recognized, even if the parties are not '*in pari delicto*' the court may still deny recovery if there are equitable considerations weighing in favour of the recipient.

In my view honesty and common justice require that Ontario Hydro repay Nepean the monies paid in the mistaken belief that Ontario Hydro had the authority to exact them. Three courts have found that Ontario Hydro was not entitled to receive the money; what reasons of policy justify retention of it by Ontario Hydro?

I do not find persuasive the argument that Nepean should not recover because, it is said, some municipalities or their hydro utilities were under-billed and in the result Ontario Hydro did not benefit directly. This was simply another error on the part of Ontario Hydro, the financial impact of which should in justice be borne by Ontario Hydro. There is ample authority to support the view that it is not enough that the recipient has "spent the money beyond recall" (*per* Denning L.J. in *Larner v. London County Council*, [1949] 2 K.B. 683, at p. 688, cited by Martland J. in *Rural*

Je suis d'accord avec le juge de première instance que l'obligation première d'interpréter la question pertinente incombait à Ontario Hydro. La présente affaire peut être comparée à l'affaire *Eadie c. The Corporation of the Township of Brantford*, précitée. Dans l'affaire *Eadie*, un canton avait demandé le paiement de sommes en vertu de certains règlements qui ont par la suite été déclarés *ultra vires*. Cette Cour a décidé que le canton avait une obligation envers les contribuables de la municipalité; lorsqu'il a exigé le paiement de sommes en vertu d'un règlement illégal, il n'était pas partie à un acte illégal avec le contribuable qui était tenu de payer.

## VI

Il reste à résoudre la question qui est peut-être la plus complexe en l'espèce. Cette question est tout simplement la suivante: y a-t-il des motifs équitables d'empêcher Nepean de recouvrer les sommes payées? Cette question est cruciale, que l'on adopte la solution que je préfère ou l'analyse des parties à un acte illégal qu'ont faite la Cour d'appel de l'Ontario et le juge Craig. Comme l'a reconnu le juge de première instance, même si les parties ne sont pas parties à un acte illégal, la cour peut encore refuser le recouvrement s'il y a des considérations équitables en faveur du bénéficiaire.

A mon avis, l'honnêteté et la simple justice exigent qu'Ontario Hydro rembourse à Nepean les sommes qu'elle a payées en croyant erronément qu'Ontario Hydro avait le pouvoir de les exiger. Trois cours ont conclu qu'Ontario Hydro n'avait pas le droit de recevoir ces sommes; quels motifs justifient Ontario Hydro de les conserver?

Je ne considère pas convaincant l'argument selon lequel Nepean n'a pas droit au recouvrement parce que, dit-on, certaines municipalités ou leurs services d'électricité respectifs ont été trop peu facturés et qu'en définitive, Ontario Hydro n'a tiré aucun avantage direct. C'est là simplement une autre erreur d'Ontario Hydro qui en toute justice devrait en subir les conséquences sur le plan financier. Il existe une jurisprudence abondante appuyant l'opinion selon laquelle il ne suffit pas que la personne qui a reçu l'argent [TRADUCTION] «l'ait dépensé sans possibilité de le récupérer» (le

*Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147, at p. 166).

Mr. Justice Craig held that equities did not oblige Ontario Hydro to refund the money. With respect, I think he was wrong. In reaching his conclusion he relied on three "important matters". I should like to deal with each in turn.

The first matter was that Ontario Hydro did not receive a benefit. The point here was that the payments or credits given by Ontario Hydro for return on equity balanced the payments or debits exacted for cost of return. Thus, it is said, Ontario Hydro, as such, was not enriched by the receipt of a benefit. This is no answer to Nepean's claim. As between the parties, Nepean, in paying its power bills, in fact conferred a benefit on Ontario Hydro. I agree with counsel for Nepean that the determination as to whether Ontario Hydro received a benefit should be made in relation to the transactions between Nepean and Ontario Hydro rather than in relation to the ultimate position of Ontario Hydro under the new power costing system. At trial the question was raised as to what would be the position of Ontario Hydro and the other municipalities and their respective hydro commissions if Mr. Laidlaw, counsel for Nepean, were successful. The following exchange took place between the court and Mr. Wilson, counsel for Ontario Hydro, at pp. 208-09 of the appeal case:

HIS LORDSHIP: Mr. Wilson, is there any possibility that these municipalities should be parties, if the result of this case would affect them?

MR. WILSON: Well, My Lord, that thought has not entered my mind, but I think, under the relevant legislation, while originally the contract was made with the municipality, the legislation empowers the particular municipality set [*sic*] set up a Commission, and that Commission is the entity which deals with Ontario Hydro under the two Acts that we are discussing.

HIS LORDSHIP: What would happen if Mr. Laidlaw is successful?

lord juge Denning, dans l'arrêt *Larner v. London County Council*, [1949] 2 K.B. 683, à la p. 688, cité par le juge Martland dans l'arrêt *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147, à la p. 166).

Le juge Craig a conclu que l'équité n'obligeait pas Ontario Hydro à rembourser les sommes reçues. Avec égards, j'estime qu'il a tort. Il appuie sa conclusion sur trois «facteurs importants». Je tiens à les examiner à tour de rôle.

Le premier facteur est qu'Ontario Hydro n'a tiré aucun avantage. Ce point porte que les paiements ou les crédits consentis par Ontario Hydro au titre du rendement des capitaux propres contrebalançaient les paiements ou débits exigés à titre de frais de rendement. Ainsi, dit-on, Ontario Hydro, à vrai dire, ne s'est pas enrichie en tirant un profit. Ce n'est pas une réponse à la réclamation de Nepean. Sur le plan des parties, en payant ses factures d'électricité, Nepean a procuré un avantage à Ontario Hydro. Je partage l'avis de l'avocat de Nepean, selon lequel on doit déterminer si Ontario Hydro a tiré un avantage en fonction des transactions qui ont eu lieu entre Nepean et Ontario Hydro plutôt qu'en fonction de la situation ultime d'Ontario Hydro en vertu du nouveau programme d'établissement du coût de l'électricité. En première instance, on a soulevé la question de savoir quelle serait la position d'Ontario Hydro, des autres municipalités et de leurs services d'électricité respectifs si M<sup>e</sup> Laidlaw, l'avocat de Nepean, avait gain de cause. La cour et M<sup>e</sup> Wilson, l'avocat d'Ontario Hydro, ont tenu la conversation suivante, aux pp. 208 et 209 du dossier d'appel:

[TRADUCTION] LA COUR: M<sup>e</sup> Wilson, serait-il possible que les municipalités soient impliquées si jamais l'issue de l'espèce les touche?

M<sup>e</sup> WILSON: Votre Seigneurie, cette idée ne m'est pas venue à l'esprit, mais je crois qu'en vertu de la loi pertinente, même si à l'origine le contrat a été conclu avec la municipalité, la loi autorise cette municipalité à établir une commission et cette commission est l'entité qui traite avec Ontario Hydro en vertu des deux lois dont nous discutons.

LA COUR: Qu'advierait-il si M<sup>e</sup> Laidlaw avait gain de cause?

MR. WILSON: Well, I hate to think of it. I have thought of it, but in any lawsuit you always think of the good and the bad, and I can assure you that there will be a very complex set of problems arise. I don't know that it will be helpful to explore them with Your Lordship at this stage.

Certainly, the municipalities in the same position of [sic] Nepean, if it [sic] successful, will actually make a claim, and the question will then arise as to the right of Ontario Hydro to recoup itself as against the other municipalities, who, on balance, had a net credit.

And the problem is so extensive and involves so much money, that apart from the question of statute of limitations, acquiescence, and delay, which are legal questions, Your Lordship would have to deal with, if he thought—came to the conclusion that Nepean's got a legal right, there would still be a considerable amount, because, on balance, there's thirty million dollars in the same position as Nepean's claim here, in the overall figure for the system.

The same point arose again at p. 244 of the appeal case:

MR. LAIDLAW: And I think I understand what Your Lordship's problem was. Sure the older municipalities would be worse off, if I'm right.

HIS LORDSHIP: That's right. The older municipalities, or some municipalities had a reduction in bills.

MR. LAIDLAW: Sure they did, at my expense and that is the whole point of the case.

HIS LORDSHIP: The other municipalities aren't here.

MR. LAIDLAW: Well I'm not suing them. It is the Hydro that took it from me. That is their problem.

I do not think it is any answer in law for Ontario Hydro to say to Nepean "True, we took your money unlawfully but we do not have to repay it because we mistakenly paid it out to other people". The fact is that Ontario Hydro did receive, and did have the use and benefit of Nepean's money. What it did with it is, as Mr. Laidlaw said, a problem for Ontario Hydro. The mere spending of the money is not, of itself, sufficient to establish a defence (*Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada Ltd.*, *supra*). The authorities are clear that for a defendant to succeed he must show a detrimental change of position as a result of the payment, something which Ontario Hydro is

M<sup>e</sup> WILSON: Je préfère ne pas y penser. J'y ai réfléchi, mais dans toute poursuite, vous pesez toujours le pour et le contre, et je puis vous assurer que cela soulèverait une série de problèmes très complexes. Je ne crois pas qu'il soit utile de les examiner avec Votre Seigneurie à ce stade-ci.

Il est certain que les municipalités dans la même situation que Nepean, si elle a gain de cause, vont produire des réclamations et il se posera alors la question du droit d'Ontario Hydro de récupérer ses pertes auprès des autres municipalités qui, tout compte fait, ont obtenu un crédit net.

Et le problème est si considérable et porte sur une si grande somme d'argent que, mise à part la question de la prescription, l'acquiescement et les délais, qui sont d'ordre juridique, que Votre Seigneurie aurait à examiner, si elle estime, si elle vient à la conclusion que l'action de Nepean est bien fondée, il y aurait encore un montant considérable parce que, tout compte fait, dans le montant global pour l'ensemble du programme, on parle de trente millions de dollars en réclamations de la nature de celle de Nepean.

Ce point est soulevé de nouveau à la p. 244 du dossier d'appel:

[TRADUCTION] M<sup>e</sup> LAIDLAW: Et je crois comprendre quel était le problème de la Cour. Les municipalités plus anciennes seraient dans une situation encore pire, si je ne m'abuse.

LA COUR: C'est exact. Les municipalités plus anciennes, ou certaines municipalités ont vu réduire leur facture.

M<sup>e</sup> LAIDLAW: C'est certain, et à mes frais, et c'est là toute l'affaire.

LA COUR: Les autres municipalités ne sont pas ici.

M<sup>e</sup> LAIDLAW: Je ne les poursuis pas. C'est Ontario Hydro qui me l'a pris. C'est son problème.

Je ne crois pas qu'en droit, Ontario Hydro puisse répondre à Nepean: «C'est vrai, nous avons pris votre argent illégalement, mais nous n'avons pas à le rembourser parce que nous avons commis l'erreur de le verser à d'autres». Le fait est qu'Ontario Hydro a reçu et utilisé l'argent de Nepean et en a profité. Ce qu'elle en a fait, comme l'a dit M<sup>e</sup> Laidlaw, c'est le problème d'Ontario Hydro. Le simple fait d'avoir dépensé l'argent ne suffit pas en soi à établir un moyen de défense (*Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada Ltd.*, précité). La jurisprudence établit clairement que pour avoir gain de cause, le défendeur doit prouver que le paiement aura pour effet de modi-

unable to show. Difficulty in restoring the parties to their original position will not be reason for denying recovery where the ground for relief is well established. See the well-known case of *Earl Beauchamp v. Winn* (1873), L.R. 6 E. & I. App. 223 (H.L.) Two passages of the headnote read:

Where, in the making of an agreement between two parties, there has been a mutual mistake as to their rights, occasioning an injury to one of them, the rule of equity is in favour of interposing to grant relief.

The Court of Equity will not, if such a ground for relief is clearly established, decline to grant relief merely because, on account of the circumstances which have intervened since the agreement was made, it may be difficult to restore the parties exactly to their original condition.

That case concerned mistake as to rights and interests under a grant of land. The fact that the mistake upon which the plaintiff founded his equity was one which had existed for more than sixty years did not defeat his claim, nor did the fact that the plaintiff knew or had the means of knowing what his rights were and that at all events his mistake was one of law. The plaintiff succeeded in his action.

*Holt v. Markham*, [1923] 1 K.B. 504, is a different type of case. The plaintiff had led the defendant to believe that he, the defendant, might treat the money as his own, and in that belief the defendant had altered his position by spending the money. The defendant had spent part of the money in a company which had since gone into liquidation. It was held that the plaintiffs were estopped from alleging that it was paid under a mistake. In the case at bar it was neither pleaded nor argued that Nepean was estopped.

If Ontario Hydro changed its position for the worse by distributing to some utilities monies illegally collected from others (or by undercharging the former) it was not prompted by any action on the part of Nepean or by reason of the payment from Nepean. If Ontario Hydro is in a difficult position it is not due to Nepean. The general

fier sa situation de façon préjudiciable, ce qu'Ontario Hydro est incapable de démontrer. La difficulté de replacer les parties dans leur situation initiale n'est pas une raison de refuser le recouvrement lorsque le motif du recours est bien fondé. Voir l'arrêt bien connu *Earl Beauchamp v. Winn* (1873), L.R. 6 E. & I. App. 223 (C.L.) Deux passages du sommaire se lisent comme suit:

[TRADUCTION] Lorsque, dans la conclusion d'un accord entre deux parties, une erreur commune quant à leurs droits a causé un préjudice à l'une d'elles, la règle de l'*equity* permet une intervention pour y remédier.

Si ce motif de recours est clairement établi, la cour d'équité ne refusera pas d'accorder le redressement simplement parce que, étant donné les circonstances survenues depuis la conclusion de l'accord, il peut être difficile de replacer les parties exactement dans leur situation initiale.

Cet arrêt portait sur une erreur quant aux droits et aux intérêts liés à la concession d'un bien-fonds. Le fait que l'erreur sur laquelle le demandeur fondait son droit en *equity* se fût perpétuée pendant plus de soixante ans n'a pas fait échec à sa réclamation, pas plus que le fait que le demandeur connaissait ou était en mesure de connaître quels étaient ses droits, et qu'en tout état de cause, il se soit agi d'une erreur de droit. Le demandeur a eu gain de cause.

L'arrêt *Holt v. Markham*, [1923] 1 K.B. 504, est différent. Le demandeur avait amené le défendeur à croire que lui-même, le défendeur, pouvait considérer l'argent comme sien et le défendeur, qui l'a cru, avait modifié sa situation en dépensant l'argent. Le défendeur avait investi une partie de l'argent dans une compagnie qui avait été liquidée depuis. On a conclu que les demandeurs ne pouvaient faire valoir que la somme avait été payée en raison d'une erreur. En l'espèce, on n'a ni plaidé ni opposé une fin de non-recevoir à l'action de Nepean.

Si Ontario Hydro a empiré sa situation en distribuant à des services d'électricité les sommes qu'elle a perçues illégalement d'autres services (ou en réduisant les factures des premiers), elle n'y a pas été incitée par les actes de Nepean ou par le paiement reçu de Nepean. Si Ontario Hydro est dans une situation difficile, ce n'est pas la faute de



principle to be applied in these situations is that enunciated by Denning L.J. in *Larner v. London County Council*, [1949] 2 K.B. 683 at pp. 688-89:

Speaking generally, the fact that the recipient has spent the money beyond recall is no defence unless there was some fault, as, for instance, breach of duty — on the part of the paymaster and none on the part of the recipient.

## VII

A second matter was taken into account by Craig J. in denying Nepean's claim. He said at pp. 161-62:

Secondly, the circumstances of this case are quite unusual. While Nepean was improperly charged it is legitimate to look at the source of funds to satisfy any judgment that might require Ontario Hydro to repay Nepean. I do not prejudge or intend to prejudge or influence any possible further litigation that might arise between Ontario Hydro and any other municipality or utility arising out of the payments pursuant to the "return on equity"/"cost of return" concept; but it is not in dispute that the only ultimate source of funds available to Ontario Hydro to satisfy such a judgment would be from those same customers (municipalities and utilities) who have already received the benefits or incurred the losses under "return on equity"/"cost of return". Can Ontario Hydro apportion the amount of any such judgment against only those municipalities or utilities who received the benefits resulting from overpayment by Nepean? In my opinion it cannot do so. I have held that the payments by Nepean were made under mistake of law; and similarly Ontario Hydro acted under mistake of law in charging these payments and crediting them to the other municipalities or utilities. Clearly Ontario Hydro cannot claim compulsion, duress, oppression or lack of delictual parity against these municipalities or utilities so as to give rise to a claim for return of money paid under mistake of law; therefore, in my opinion, Ontario Hydro would be unable to recover the amount of any such judgment against these municipalities and utilities only (whether by way of apportionment in the power bills or otherwise). It is impossible to restore the status quo ante. It follows that all those municipalities and utilities (and the evidence indicates that there is a substantial number) that have been overcharged already, in the same way as Nepean, would be required to pay their proportionate share (with those who benefited) to satisfy any judgment in favour of Nepean. This

Nepean. Le principe général qu'il faut appliquer dans ces cas est celui énoncé par lord Denning dans l'arrêt *Larner v. London County Council*, [1949] 2 K.B. 683, aux pp. 688 et 689:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] En général, le fait que la personne qui a reçu l'argent l'ait dépensé sans possibilité de le récupérer ne constitue pas un moyen de défense à moins qu'une faute n'ait été commise, comme par exemple, un manquement au devoir de la part du payeur et non du bénéficiaire.

## VII

En refusant la réclamation de Nepean, le juge Craig a tenu compte d'un deuxième facteur. Il dit, aux pp. 161 et 162:

[TRADUCTION] En deuxième lieu, les circonstances de l'espèce sont peu communes. Même si on a irrégulièrement réclamé des frais à Nepean, il est légitime d'examiner la source de financement qui permettrait de donner suite à un jugement qui forcerait Ontario Hydro à rembourser Nepean. Je ne porte aucun jugement prématuré et je n'ai pas l'intention de le faire ou d'influencer tout autre litige possible qui pourrait survenir entre Ontario Hydro et une autre municipalité ou un service d'électricité en raison des paiements faits conformément au programme de «rendement des capitaux propres» et de «frais de rendement»; mais on ne conteste pas que la seule source de financement dont disposerait finalement Ontario Hydro pour se conformer à un tel jugement serait ces mêmes abonnés (municipalités et services d'électricité) à qui le programme de «rendement des capitaux propres» et de «frais de rendement» a déjà profité ou occasionné des pertes. Ontario Hydro peut-elle répartir le coût d'un tel jugement uniquement entre les municipalités ou les services d'électricité qui ont profité du paiement en trop de Nepean? A mon avis, elle ne peut le faire. J'ai conclu que Nepean a payé en raison d'une erreur de droit et, de la même manière, Ontario Hydro a commis une erreur de droit en réclamant ces paiements et en les créditant aux autres municipalités ou services d'électricité. Il est évident qu'Ontario Hydro ne peut invoquer la contrainte, la violence, l'oppression ou la disparité délictuelle contre ces municipalités ou services afin de réclamer le remboursement des sommes payées en raison d'une erreur de droit; à mon avis, Ontario Hydro ne pourrait donc recouvrer seulement de ces municipalités ou services le coût d'un tel jugement (que ce soit par voie de répartition des factures d'électricité ou autrement). Il est impossible de rétablir le statu quo ante. Il s'ensuit que toutes les municipalités et services d'électricité (et la preuve indique qu'ils sont

would really impose a double penalty on some municipalities and utilities.

I have some difficulty with the reasoning in the foregoing passage. The judge says that the case is unusual. That can be said of most cases. The statement is then made that Nepean was improperly charged. This merely expresses in another way the illegality and unlawfulness of the charge Ontario Hydro levied against Nepean. The judge then says that notwithstanding the impropriety of the charge it is legitimate to look at the source of funds to satisfy any judgment that might require Ontario Hydro to repay Nepean. Ontario Hydro did not plead that it lacked the funds to satisfy any judgment that Nepean might obtain or that it could not meet a judgment. Ontario Hydro's ability to pay was not discussed at trial. It will be recalled that the trial judge raised with counsel for Ontario Hydro the position of the other municipalities, and whether they should be parties. Counsel replied that that thought had never entered his mind. The court pursued the matter by inquiring what would happen if Nepean were successful. Counsel replied that he hated to think of it, "I can assure you that a very complex set of problems arise". Counsel concluded "I don't know that it will be helpful to explore them with Your Lordship at this stage". The complex problems were not explored at that stage or at any other stage of the trial.

In the case of *Baylis v. Bishop of London*, [1913] 1 Ch. 127, the Bishop resisted a claim for monies paid to him by mistake on the ground that he had applied the money in a proper manner and that it was inequitable that he should be made to repay when he could not himself recover from those to whom he had paid it. The Court of Appeal rejected this contention and held that the Bishop must repay the money. See also *In re Diplock. Diplock v. Wintle (And Associated Actions)*, [1948] Ch. 465 (C.A.), aff'd. [1951] A.C. 251.

nombreux) qui ont déjà payé en trop, comme Nepean, devraient payer leur quote-part (avec ceux qui ont tiré profit) afin de donner suite à un jugement en faveur de Nepean. Cela imposerait vraiment une double peine à certaines municipalités et à certains services d'électricité.

Je m'explique mal les motifs du juge dans le passage qui précède. Le juge affirme qu'il s'agit d'un cas peu commun. On peut dire cela dans la plupart des cas. Il dit ensuite qu'on a irrégulièrement réclamé des frais à Nepean. Cela revient tout simplement à dire que les frais qu'Ontario Hydro a perçus de Nepean sont illégaux et illégitimes. Le juge affirme ensuite que nonobstant l'irrégularité des frais exigés, il est légitime d'examiner la source de financement qui permettrait de donner suite à un jugement qui forcerait Ontario Hydro à rembourser Nepean. Ontario Hydro n'a pas soutenu qu'elle n'avait pas les fonds suffisants pour se conformer à un jugement qui serait en faveur de Nepean ou qu'elle ne pourrait pas s'y conformer. La capacité de payer d'Ontario Hydro n'a fait l'objet d'aucune discussion au cours du procès. Il faut se rappeler que le juge de première instance a soulevé, avec l'avocat d'Ontario Hydro, la question de la position des autres municipalités et celle de savoir si elles devraient être impliquées. L'avocat a répondu que cette idée ne lui était jamais venue à l'esprit. La cour a poursuivi en demandant ce qui se produirait si Nepean avait gain de cause. L'avocat a répondu qu'il préférerait ne pas y penser, «je puis vous assurer que cela soulèverait une série de problèmes très complexes». Il a conclu en disant «je ne crois pas qu'il soit utile de les examiner avec Votre Seigneurie à ce stade-ci». Ces problèmes complexes n'ont pas été examinés à ce stade ni à aucun autre stade du procès.

Dans l'arrêt *Baylis v. Bishop of London*, [1913] 1 Ch. 127, l'évêque contestait la demande de remboursement de sommes qui lui avaient été payées par erreur, pour le motif qu'il en avait disposé régulièrement et qu'il serait injuste qu'il soit tenu de les rembourser alors qu'il ne pouvait lui-même les recouvrer de ceux à qui il les avait versées. La Cour d'appel a rejeté cet argument et a conclu que l'évêque devait rembourser les sommes. Voir également *In re Diplock. Diplock v. Wintle (And Associated Actions)*, [1948] Ch. 465 (C.A.), confirmé à [1951] A.C. 251.

In my view the trial judge in denying Nepean's claim was wrong in law in considering the possible source of funds to satisfy any judgment Nepean might obtain. We have not been referred to any case, and I know of none, where the court has applied what amounts to a "means" test and a plaintiff, without fault, has been denied recovery because of doubt as to the "source of funds" to satisfy the judgment.

Even if this were a proper consideration in law it is apparent from the transcript that the "very complex set of problems" to which Mr. Wilson referred was neither identified, quantified nor subjected to examination and cross-examination. Without evidence on this point, and argument from all concerned including those who were beneficiaries of the return of equity/cost of return concept and from those who suffered thereby it is impossible to know in what manner and from what source Ontario Hydro might properly pay any judgment recovered against it by Nepean. Such speculation is both unwise and unnecessary in the present litigation.

Counsel for Nepean submits that the courts below mistakenly concluded that the primary method of redress available to Ontario Hydro as against the "net recipients" under the new power costing system would be by way of an action to recover money paid under a mistake in law. He says that remedy would not be available or appropriate to Ontario Hydro because Ontario Hydro did not make a payment to the "net recipients"; the "net recipients", by reason of mistaken calculation of the cost of power, were the undercharged and Ontario Hydro has the authority under the Act to correct errors in its power bills and thereby adjust their cost of power to the correct amount and collect same (*The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, c. 354, ss. 58 and 76). He submits that by appropriate adjustment to power costs to correct and collect undercharges, Ontario Hydro can raise the money required to reimburse Nepean and other customers with similar claims. In the

A mon avis, le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsque, pour rejeter la réclamation de Nepean, il a examiné la source de financement possible qui permettrait de donner suite à un jugement rendu en faveur de Nepean. On ne nous a soumis aucun arrêt, et je n'en connais aucun, où la cour a appliqué ce qui correspond à un critère de «moyens» et où l'on a refusé à un demandeur non fautif, de recouvrer une somme en raison d'un doute quant à la «source de financement» nécessaire pour donner suite au jugement.

Même s'il s'agissait là d'un facteur pertinent sur le plan juridique, il ressort de la transcription que la «série de problèmes très complexes» dont a fait mention M<sup>e</sup> Wilson n'a été ni identifiée ni quantifiée et n'a fait l'objet d'aucun interrogatoire et contre-interrogatoire. En l'absence de preuve à ce sujet et faute d'argumentation de la part de toutes les parties concernées, y compris celles qui ont tiré profit du programme de rendement des capitaux propres et de frais de rendement et celles qui en ont fait les frais, il est impossible de savoir comment et à partir de quelle source Ontario Hydro pourrait adéquatement assumer le coût d'un jugement prononcé contre elle en faveur de Nepean. De telles hypothèses sont à la fois mal avisées et inutiles en l'espèce.

L'avocat de Nepean soutient que les cours d'instance inférieure ont conclu à tort que le principal recours qui s'offre à Ontario Hydro contre les «bénéficiaires nets» du nouveau programme d'établissement des coûts de l'électricité serait une action en recouvrement d'une somme payée en raison d'une erreur de droit. Il affirme que ce recours serait inaccessible ou inutile à Ontario Hydro puisque Ontario Hydro n'a fait aucun paiement aux «bénéficiaires nets»; les «bénéficiaires nets», en raison d'une erreur de calcul du coût de l'électricité, sont ceux à qui on a réclamé un coût moindre et, en vertu de la Loi, Ontario Hydro a le pouvoir de rectifier ses erreurs de facturation et ainsi de rajuster de manière appropriée leur coût d'électricité et de le percevoir (*The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, chap. 354, art. 58 et 76). Il soutient qu'en rajustant de manière appropriée les coûts d'électricité pour rectifier les sommes réclamées en moins et les percevoir, Ontario

alternative, payment by Ontario Hydro in the discharge of such obligations is an expenditure "necessary . . . in carrying on . . . the operations of (Hydro) . . ." within s. 7(3)(b) or a "cost of operation" for the purposes of s. 76(a) of the Act. As such, they are properly includable in the cost of power to be charged to municipalities and utilities which, and to the extent that they received a benefit under the illegal power costing scheme (*The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, c. 354, ss. 7(3)(a) and 76). Accordingly, counsel for Nepean submits, the *status quo ante* can be achieved, perhaps not without administrative difficulty, throughout the entire Hydro system. Counsel may be correct in these submissions or he may not be correct. We do not have to decide. The point is that the courts below without pleadings, without evidence, without argument and in the absence of other utilities directly affected speculated on the consequences of a judgment in favour of Nepean against Ontario Hydro.

## VIII

The third reason given by the trial judge in concluding that the "ties of natural justice and equity are against Nepean" (at p. 162) is this:

Thirdly, in balancing the equities between the parties I find that Ontario Hydro was acting *bona fide*, although under mistake of law. While all of the elements of acquiescence and estoppel are not present so as to give rise to a defence on either of those grounds, Nepean was aware from the outset that Ontario Hydro was passing on the benefits of the "return on equity"/"cost of return" system to other municipalities or their utilities annually. Nepean had ample opportunity to investigate its legal rights and take legal advice in the first year or two of the system—rather than waiting eight years.

Hydro peut rassembler l'argent nécessaire pour rembourser Nepean et les autres abonnés ayant des réclamations semblables. En l'occurrence, le paiement fait par Ontario Hydro pour acquitter de telles obligations constitue une dépense «nécessaire . . . pour poursuivre . . . l'exploitation de (Ontario Hydro) . . .» au sens de l'al. 7(3)b), ou des «frais d'exploitation» aux fins de l'al. 76a) de la Loi. A ce titre, ils peuvent être inclus dans le coût de l'électricité qui peut être imposé aux municipalités et services d'électricité qui ont tiré profit du programme illégal d'établissement du coût de l'électricité, dans la mesure où ils en ont effectivement tiré profit (*The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, chap. 354, al. 7(3)a) et art. 76). L'avocat de Nepean fait donc valoir qu'il est possible de rétablir, peut-être non sans difficulté administrative, le *statu quo ante* dans tout le réseau d'Ontario Hydro. Cet argument de l'avocat peut être exact ou inexact. Il ne nous appartient pas d'en décider. Il n'en reste pas moins que sans plaidoiries, sans preuve, sans argumentation et en l'absence d'autres services d'électricité directement touchés, les cours d'instance inférieure ont spéculé sur les conséquences d'un jugement qui serait rendu en faveur de Nepean contre Ontario Hydro.

## VIII

La troisième raison que donne le juge de première instance pour conclure que [TRADUCTION] «les règles de la justice naturelle et de l'équité défavorisent Nepean» (à la p. 162) est la suivante:

[TRADUCTION] Troisièmement, en soupesant les droits des parties, je conclus qu'Ontario Hydro a agi *de bonne foi*, même si c'est en raison d'une erreur de droit. Même si on ne retrouve pas tous les éléments de l'acquiescement et de la fin de non-recevoir qui justifieraient un moyen de défense fondé sur l'un ou l'autre de ces motifs, Nepean savait dès le début qu'Ontario Hydro créditait annuellement à d'autres municipalités ou à leurs services d'électricité les profits du programme de «rendement des capitaux propres» et de «frais de rendement». Nepean a eu amplement la possibilité de s'enquérir de ses droits et demander l'avis de conseillers juridiques au cours de la première ou deuxième année du programme, il ne lui était pas nécessaire d'attendre huit ans.

Counsel for Nepean conceded that Nepean's claim is barred by *The Statute of Limitations* except with respect to the six years preceding the date of the issue of the writ on the 13th day of December, 1974. The judge held that the defence of laches is only allowed where there is no statutory bar: *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 16, para. 1476, p. 998, referring to *Re Pauling's Settlement Trusts. Younghusband v. Coutts & Co.*, [1961] 3 All E.R. 713, aff'd. [1964] 1 Ch. 303 (C.A.), at p. 353, where Wilberforce J. stated at p. 735:

There being an express statutory provision, providing a period of limitation for the plaintiffs' claims, there is no room for the equitable doctrine of laches.

Mr. Justice Craig stated at p. 151: "It is, therefore, my view that the action for repayment is not barred by the doctrine of laches. On the question of acquiescence, no authority was cited to me by counsel for Ontario Hydro".

Having rejected the defences of laches, acquiescence and estoppel the judge finds Nepean at fault in failing to act and to investigate its legal rights and take legal advice in the first year or two of the system. Why? It is obvious that Nepean had opportunity to take legal advice at an early date but why should it have done so when on the judge's earlier findings the parties were not '*in pari delicto*'; Ontario Hydro was responsible for the proper application and interpretation of its Act; Ontario Hydro had primary responsibility of knowing what charges could be imposed upon municipalities and their utilities, and Ontario Hydro had misled Nepean into thinking that the charges were properly authorized. The judge found that Nepean did not support the proposed charges and had objected consistently thereto. Why then, and when, did an obligation fall upon Nepean to incur legal expenses in making an independent investigation as to the statutory powers of Ontario Hydro? What we are talking about is not some general rule of law which could be presumed to be a matter of common knowledge but rather a highly technical deduction from facts and law, both

L'avocat de Nepean a admis que la réclamation de Nepean est prescrite par *The Statute of Limitations* sauf en ce qui concerne les six années précédant le 13 décembre 1974, date de délivrance du bref. Le juge a conclu que la défense de retard indu n'est admise que lorsqu'aucun empêchement n'est prévu par la loi: *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 16, par. 1476, p. 998, qui cite *Re Pauling's Settlement Trusts. Younghusband v. Coutts & Co.*, [1961] 3 All E.R. 713, confirmé à [1964] 1 Ch. 303 (C.A.), à la p. 353, où le juge Wilberforce affirme, à la p. 735:

[TRADUCTION] Puisqu'il y a une disposition législative expresse qui prévoit un délai de prescription applicable aux réclamations des demandeurs, il n'y a pas lieu d'appliquer la doctrine d'*equity* du retard indu.

Le juge Craig a affirmé ce qui suit, à la p. 151: [TRADUCTION] «Je suis par conséquent d'avis que l'action en remboursement n'est pas exclue par la doctrine du retard indu. Quant à la question de l'acquiescement, l'avocat d'Ontario Hydro ne m'a cité aucune jurisprudence portant sur le sujet».

Après avoir rejeté les défenses de retard indu, d'acquiescement et d'irrecevabilité, le juge conclut que Nepean a commis une faute en omettant d'agir et de s'enquérir de ses droits et de demander l'avis de conseillers juridiques au cours de la première ou deuxième année du programme. Pourquoi? Il est évident que Nepean avait la possibilité de consulter un avocat plus tôt, mais pourquoi l'aurait-elle fait puisque le juge a déjà conclu que les parties n'étaient pas parties à un acte illégal; il appartenait à Ontario Hydro d'appliquer et d'interpréter correctement la Loi; il incombait fondamentalement à Ontario Hydro de savoir quels frais pouvaient être imposés aux municipalités et à leurs services d'électricité et Ontario Hydro a induit Nepean en erreur en l'amenant à croire que ces frais étaient valablement autorisés. Le juge a conclu que Nepean n'a pas donné son appui aux frais proposés et s'y est toujours objectée. Alors pourquoi et quand Nepean s'est-elle vue dans l'obligation de payer des frais de conseillers pour mener une enquête indépendante quant aux pouvoirs que la loi accorde à Ontario Hydro? On ne parle pas ici d'une règle de droit générale qui

involving fields of special learning.

Nepean's claim should not be defeated on the ground that Nepean made a voluntary payment. As the authors of Goff and Jones, *The Law of Restitution*, state at p. 31:

The principle of voluntary payment has no application where there is something in the recipient's conduct "which shows that he is the one primarily responsible for the mistake" . . . .

There is no doubt a head of public policy which recognizes the need to preserve the validity of compromises freely entered into under advice but we are not here concerned with the compromise of a doubtful right or with a family arrangement releasing rights under a will.

I would allow the appeal, set aside the judgments of the courts below and direct payment by Ontario Hydro to The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean of the sum of \$921,463 with costs throughout. I would deny the motion of Ontario Hydro to vary the decision of the Court of Appeal for Ontario assuming that, lacking leave to appeal, Ontario Hydro was entitled to address the Court on the point. I would hold that Ontario Hydro's charges and credits on account of "cost of return" and "return of equity" are not authorized under *The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, c. 354, and the Act does not entitle Ontario Hydro to receive and disburse such charges and credits.

The judgment of Martland, Estey and Lamer JJ. was delivered by

ESTEY J.—The Ontario Court of Appeal found that neither the appellant, The Hydro Electric Commission of The Township of Nepean, nor the respondent, Ontario Hydro, could recover, either retrospectively or prospectively, moneys paid or owing on account because both obligations arose by reason of a mutual mistake of law. From this disposition the appellant comes to this Court principally on the submission that, be it mistake of law or mistake of fact, the appellant should succeed because the parties to the mistake were not *in pari*

pourrait être présumée de notoriété publique mais plutôt d'une déduction hautement technique, découlant des faits et du droit qui touchent des domaines spécialisés.

<sup>a</sup> La réclamation de Nepean ne devrait pas être rejetée pour le motif que Nepean a fait un paiement volontaire. Comme l'affirment Goff et Jones, les auteurs de *The Law of Restitution*, à la p. 31:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Le principe du paiement volontaire ne s'applique pas lorsqu'il y a quelque chose dans la conduite de la personne qui a reçu le paiement, «qui démontre qu'elle est la première responsable de l'erreur» . . .

<sup>c</sup> Il est certainement d'intérêt public de reconnaître la nécessité de préserver la validité des transactions réfléchies et librement conclues, mais il ne s'agit pas en l'espèce d'une transaction douteuse ni d'une convention familiale visant le renoncement à des droits que confère un testament.

<sup>d</sup> Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les jugements des cours d'instance inférieure et d'ordonner à Ontario Hydro de payer à The Hydro Electric Commission of the Township of Nepean la somme de \$921,463 et les dépens dans toutes les cours. Je suis d'avis de rejeter la requête d'Ontario Hydro visant à réviser la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, en présumant qu'à défaut d'une autorisation d'appel, Ontario Hydro avait le droit de saisir la Cour de cette question. Je conclus que les débits et crédits d'Ontario Hydro au titre des «frais de rendement» et du «rendement des capitaux propres» ne sont pas autorisés par *The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, chap. 354, et que la Loi n'autorise pas Ontario Hydro à percevoir ces frais et à accorder ces crédits.

<sup>e</sup> Version française du jugement des juges Martland, Estey et Lamer rendu par

<sup>f</sup> LE JUGE ESTEY—La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que ni l'appelante, The Hydro Electric Commission of The Township of Nepean (ci-après la Commission), ni l'intimée, Ontario Hydro, ne pouvaient recouvrer, que ce soit de façon rétroactive ou prospective, des sommes payées ou dues en règlement partiel parce que les deux obligations sont issues d'une erreur de droit commune. L'appelante se pourvoit devant cette Cour en alléguant principalement que, peu importe qu'il s'agisse d'une erreur de droit ou de fait, elle doit avoir gain

*delicto* and therefore a court should not apply any further tests in the sense of equity as between the parties. The respondent, by notice to vary, seeks in effect to cross-appeal from the dismissal of the respondent's claim against the appellant for unpaid charges under the scheme for the years 1974 to 1978 inclusive. The hearing in this Court proceeded on the assumption (without deciding) that the respondent had the right to advance the cross-appeal.

Both courts below have found that there is no provision under *The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, c. 354, ("the Act"), for the scheme adopted by the respondent in 1966 for the inclusion in its billing for electricity delivered to the local hydro agencies of a charge or a credit calculated with reference to the total outstanding debt of the respondent and shared as between the distribution agencies on the basis of the electrical load delivered to each of them by the respondent in the year in question. This scheme was a successor plan to one adopted and carried on for years prior to 1966 which has no relevance here other than with regard to the calculation of the charges and credits arising under the scheme. Both schemes were apparently devised to give credit to a municipality for its past contributions towards the assets of the system built up over the years by the respondent. The appellant for some years was opposed to the scheme because it was said to favour older local public utilities and to discriminate against the newer utilities. The complex details surrounding the computation by the respondent of a charge entitled "Cost of Return" based on total outstanding indebtedness of the respondent, and a credit "Return on Equity" based on prior debt retirement payments need not be reviewed here as a detailed understanding of the plan is not necessary to a resolution of this dispute. In total the "Cost of Return" charged to all utility customers of the respondent equalled the "Return on Equity" credits granted under the scheme to the public utility customers by the respondent. The calculation of these charges and credits was made under the scheme after all the usual accounting procedures had been taken in order to determine

de cause parce que les parties à l'erreur ne sont pas parties à un acte illégal et que, par conséquent, une cour ne devrait appliquer aucun autre critère pour rétablir l'équité entre les parties. L'intimée, par avis de modification, cherche en fait à former un pourvoi incident à l'encontre du rejet de sa réclamation dirigée contre l'appelante, relativement à des frais impayés au titre du programme applicable aux années 1974 à 1978 inclusivement. Cette Cour a tenu son audience en présumant, sans toutefois décider, que l'intimée avait le droit de former le pourvoi incident.

Les deux cours d'instance inférieure ont conclu qu'aucune disposition de *The Power Corporation Act*, R.S.O. 1970, chap. 354, («la Loi») ne pouvait servir de fondement au programme adopté par l'intimée en 1966 en vue d'inclure dans sa facturation de l'électricité livrée aux commissions hydro-électriques locales un débit ou un crédit calculés en fonction du montant total de la dette impayée de l'intimée et partagés entre les distributeurs selon la quantité d'électricité livrée à chacun d'eux par l'intimée pendant l'année en question. Ce programme a remplacé celui qui fut en vigueur pendant plusieurs années avant 1966 mais qui n'est d'aucun intérêt en l'espèce si ce n'est pour le calcul des débits et crédits qui résultent du programme. Ces deux programmes visaient apparemment à attribuer un crédit aux municipalités qui avaient contribué à l'actif du réseau mis sur pied par l'intimée au cours des années. Pendant quelques années, l'appelante s'est opposée au programme parce qu'il favorisait, disait-elle, les services d'électricité locaux plus anciens au détriment des plus récents. Il n'est pas nécessaire ici d'examiner les détails complexes de la méthode utilisée par l'intimée pour calculer un débit appelé [TRADUCTION] «frais de rendement», fondé sur la dette totale de l'intimée, et un crédit appelé [TRADUCTION] «rendement des capitaux propres», fondé sur des remboursements de dettes antérieurs, car il n'est pas indispensable de comprendre à fond le programme pour trancher ce différend. Au total, les «frais de rendement» imposés à tous les abonnés du service d'électricité de l'intimée correspondaient aux crédits de «rendement des capitaux propres» que l'intimée accordait en vertu du programme aux abonnés du service public. Ces débits et crédits étaient

the cost of electricity (as defined in the Act) delivered to the customer. Both the courts below found no authority in the Act for the scheme. As will be seen, I have reached the same conclusion. Hence a more detailed review of the history and workings of the scheme will serve no purpose here. There is no dispute between the parties as to the amounts of money claimed in the appeal and the cross-appeal. Finally, as regards quantum claimed by the parties in their respective claim and cross-claim, there is reference only to the years 1968 to 1974, the earlier years being barred by the limitations period contained in *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246. It should perhaps be noted (although it has no bearing on these proceedings) that the 1966 scheme was again revised after the period in question in this litigation and has now been phased out.

In its cross-appeal the respondent makes claim to the sum of \$359,512 being the net difference between credits and charges made by the respondent against the appellant in the years from 1974 to May 23, 1978 inclusive, which sum includes nine percent interest from the date of the various billings making up the account to the date of trial. In order to dispose of the counter-claim it is necessary to examine, although only briefly, the statutory provisions upon which the respondent relies in making this claim. Those provisions are found in ss. 58, 76 and 7(3)(a) of the Act. Section 58 provides as follows:

**58.** The purposes and business of the Corporation include the generation, transmission, distribution, supply, sale and use of power and, except with respect to the exercise of powers requiring the prior authority of the Lieutenant Governor in Council under this Act, the Corporation has power and authority to do all such things as in its opinion are necessary, usual or incidental to the furtherance of such purposes and to the carrying on of its business.

It is the respondent's submission with reference to this section that the establishment of a scheme for the recognition of accrued "equity" in the respondent's system related to debt retirement by its cus-

calculés conformément au programme après avoir comptabilisé de la manière habituelle le coût de l'électricité (tel que le définit la Loi) livrée à l'abonné. Les deux cours d'instance inférieure ont conclu que la Loi ne permettait pas la mise sur pied de ce programme. Comme nous le verrons, j'en suis arrivé à la même conclusion. Il s'ensuit qu'il ne sera aucunement nécessaire, en l'espèce, d'examiner plus en détail l'historique et le fonctionnement du programme. Les parties ne contestent pas les montants réclamés dans le pourvoi principal et le pourvoi incident. Enfin, pour ce qui est du montant que les parties réclament respectivement dans la demande principale et la demande incidente, il n'est question que des années 1968 à 1974, les années antérieures faisant l'objet de la prescription prévue par *The Limitations Act*, R.S.O. 1970, chap. 246. Il faudrait peut-être souligner (bien que cela n'ait aucune incidence en l'espèce) que le programme de 1966 a de nouveau été révisé après la période en cause dans le présent litige et qu'il a été éliminé progressivement depuis.

Dans son pourvoi incident, l'intimée réclame la somme de \$359,512, soit la différence nette entre les crédits et les débits qu'elle a appliqués à l'appellante de 1974 jusqu'au 23 mai 1978 inclusivement; cette somme comprend un intérêt de neuf pour cent compté depuis la date des différentes facturations qui forment le compte jusqu'à la date du procès en première instance. Pour trancher la demande reconventionnelle, il est nécessaire d'examiner, quoique brièvement, les dispositions législatives sur lesquelles l'intimée fonde sa réclamation. Il s'agit des art. 58 et 76 et de l'al. 7(3)a) de la Loi. L'article 58 se lit comme suit:

[TRADUCTION] **58.** Les objectifs et l'entreprise de la Société comprennent la production, la transmission, la distribution, la fourniture, la vente et l'utilisation d'électricité et, sauf en ce qui concerne l'exercice d'un pouvoir requérant l'autorisation préalable du lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de la présente loi, la Société peut faire tout ce qu'elle juge nécessaire, habituel ou accessoire à la poursuite de ces objectifs et à l'exploitation de son entreprise.

Relativement à cet article, l'intimée prétend que l'établissement d'un programme destiné à reconnaître une «participation» courue dans son actif, liée au remboursement de la dette par ses abonnés,



tomers falls within the corporation's power and authority "to do all such things as in its opinion are necessary, usual or incidental . . . to the carrying on of its business". It must be borne in mind when appreciating the operation of this scheme that the respondent has already, in its accounting and in its billing of its customers, made provision for the recovery in its charges for electricity sold of all those expenditures incurred in the generation and distribution of electricity. The trial judge found s. 58 inapplicable because:

. . . this section is in the nature of a basket clause; and in my opinion charging for a "return in equity" resulting in off-setting debits and credits does not involve "the generation, transmission, distribution, supply, sale and use of power . . .". In my view s. 58 is not intended to apply to billings to municipalities and utilities which are specifically dealt with by s. 76.

The Court of Appeal concluded that the trial judge had correctly interpreted all the sections of the Act advanced by the respondent in support of its scheme. I, with respect, also agree with the comments of the learned trial judge.

I turn now to s. 76 which provides as follows:

**76.** Notwithstanding anything in any general or special Act passed before the 3rd day of April, 1928, or in any contract entered into before the 3rd day of April, 1928, and, except where under the terms of any such contract power is to be supplied to a municipal corporation at a fixed price, the price payable for power by any municipal corporation is the cost to the Corporation, as determined by it, of supplying and delivering power to the municipal corporation, including the municipal corporation's proportion, as adjusted by the Corporation, of,

- (a) the cost of operation, maintenance, depreciation and insurance of the works and the cost of administration of the Corporation;
- (b) interest and expenses of debt service and interest credited on the balances remaining from time to time to the credit of reserve accounts established under this Act;
- (c) an annual sum sufficient to form in forty years, with interest at 4 per cent per year, a sinking fund for the repayment of the advances made by the Province of Ontario under this Act for the

relève de son pouvoir de «faire tout ce qu'elle juge nécessaire, habituel ou accessoire . . . à l'exploitation de son entreprise». En appréciant le fonctionnement de ce programme, il faut se rappeler que, dans son système de comptabilité et de facturation de ses abonnés, l'intimée a déjà prévu la récupération, à même le prix de vente de l'électricité, de toutes les dépenses engagées dans la production et la distribution d'électricité. Le juge de première instance a conclu à l'inapplicabilité de l'art. 58 parce que:

[TRADUCTION] . . . cet article s'apparente à une clause omnibus et, à mon avis, le paiement exigé pour un «rendement des capitaux propres», qui résulte en débits et crédits compensatoires n'a rien à voir avec «la production, la transmission, la distribution, la fourniture, la vente et l'utilisation d'électricité . . .». A mon avis, l'art. 58 n'est pas destiné à s'appliquer à la facturation des municipalités et services dont traite spécifiquement l'art. 76.

La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait bien interprété tous les articles de la Loi invoqués par l'intimée à l'appui de son programme. Avec égards, je souscris également aux observations du savant juge de première instance.

Passons maintenant à l'art. 76 qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] **76.** Nonobstant toute loi générale ou spéciale adoptée avant le 3 avril 1928, ou tout contrat passé avant le 3 avril 1928, et sauf si en vertu d'un tel contrat, l'électricité doit être fournie à prix fixe à une municipalité, le prix qu'une municipalité doit payer pour l'électricité correspond à ce qu'il en coûte à la Société, suivant ses calculs, pour fournir et livrer l'électricité à la municipalité, y compris la part, établie par la Société, que doit assumer la municipalité en ce qui concerne

- a) les frais d'exploitation, d'entretien, d'amortissement et d'assurance des ouvrages, et les frais d'administration de la Société;
- b) l'intérêt et les dépenses du service de la dette, et l'intérêt porté au crédit des soldes créditeurs qui, à l'occasion, apparaissent aux comptes de réserve établis en vertu de la présente loi;
- c) une somme annuelle suffisante pour constituer en quarante ans, à un taux d'intérêt annuel de quatre pour cent, un fonds d'amortissement permettant de rembourser à la province de l'Ontario

cost of the works, for the repayment of any other indebtedness incurred or assumed by the Corporation in respect of the cost of the works, and for the restoration of any reserve or other funds of the Corporation utilized for the payment of the cost of the works; and

(d) an amount to be determined by the Corporation for the purposes of sections 14 and 16 and clause c of section 15.

Under the scheme adopted by the respondent in 1966 the local hydro distribution agencies were assessed a charge calculated on the basis of the total outstanding debt of the respondent. Prior to 1966 this charge was made to the local hydro distribution agencies on the basis of the total assets of Hydro. The share of the individual local distribution agency was calculated with reference to the quantity of electricity or load taken from the respondent by the local authority. At the same time, in the 1966 plan the local authority was given a credit for the total debt retirement payments or a deemed "equity" acquired by the local authorities by reason of payments made under the pre-1966 debt retirement program. The difference between the charge and the credit with respect to debt retirement under the 1966 charge is what is here in issue. The following table sets out the arithmetic result as between the appellant and the respondent during the periods from 1966 to the date of the action.

|      | <u>Return on Equity</u> | <u>Cost of Return</u> |
|------|-------------------------|-----------------------|
| 1966 | (24,041.00)             | 105,407.00            |
| 1967 | (28,357.00)             | 125,560.00            |
| 1968 | (36,826.00)             | 140,988.00            |
| 1969 | (46,274.00)             | 153,499.00            |
| 1970 | (56,334.00)             | 179,965.00            |
| 1971 | (68,206.00)             | 197,848.00            |
| 1972 | (81,776.00)             | 214,755.00            |
| 1973 | (97,034.00)             | 237,289.00            |
|      | <u>438,848.00</u>       | <u>1,360,311.00</u>   |
|      |                         | 438,848.00            |
|      |                         | <u>921,463.00</u>     |

les avances qu'elle a versées conformément à la présente loi pour payer les ouvrages, pour rembourser toute autre dette que la Société a contractée ou assumée pour payer les ouvrages, et pour reconstituer un fonds de réserve ou autre de la Société, qui a servi au paiement des ouvrages; et

d) une somme qu'établit la Société aux fins des articles 14 et 16 et de l'alinéa 15c.

Selon le programme adopté par l'intimée en 1966, les commissions hydro-électriques locales se sont vues imposer des frais calculés en fonction du montant total de la dette de l'intimée. Avant 1966, ces frais étaient perçus des commissions hydro-électriques locales en fonction de l'actif total d'Ontario Hydro. La part de chaque commission hydro-électrique locale était calculée en fonction de la quantité d'électricité ou de la charge qu'elle recevait de l'intimée. En même temps, aux termes du programme de 1966, la commission locale touchait un crédit correspondant au montant total des remboursements applicables à la dette ou une «participation» que les commissions locales étaient présumées avoir acquise en raison des paiements faits en vertu du programme de remboursement de la dette en vigueur avant 1966. Le point en litige en l'espèce porte sur la différence entre le débit et le crédit en ce qui concerne le remboursement de la dette en vertu des frais de 1966. Le tableau qui suit offre une comparaison entre les chiffres relatifs à l'appellante et ceux relatifs à l'intimée au cours de la période comprise entre 1966 et la date de l'action.

|      | <u>Rendement des capitaux propres</u> | <u>Frais de rendement</u> |
|------|---------------------------------------|---------------------------|
| 1966 | (24,041.00)                           | 105,407.00                |
| 1967 | (28,357.00)                           | 125,560.00                |
| 1968 | (36,826.00)                           | 140,988.00                |
| 1969 | (46,274.00)                           | 153,499.00                |
| 1970 | (56,334.00)                           | 179,965.00                |
| 1971 | (68,206.00)                           | 197,848.00                |
| 1972 | (81,776.00)                           | 214,755.00                |
| 1973 | (97,034.00)                           | 237,289.00                |
|      | <u>438,848.00</u>                     | <u>1,360,311.00</u>       |
|      |                                       | 438,848.00                |
|      |                                       | <u>921,463.00</u>         |

The total difference between the charge and the credit is the net amount of \$921,463 of which the appellant may claim only that portion not statute barred. In any case, the parties are agreed on the amounts in issue.

As will be seen above, s. 76 authorizes the respondent to charge the municipal corporation "the cost . . . of supplying and delivering power". Nowhere in the section is there anything approaching a precise legislative authorization for the 1966 scheme. The trial judge concluded with reference to the proper interpretation of s. 76:

... clearly the "price payable for power" must be a "cost to the Corporation . . . of supplying and delivering power". Therefore, with reference to the amounts charged by Ontario Hydro (represented by "return on equity"/"cost of return"), unless they are a cost of delivering and supplying power they are not authorized by s. 76.

It is unnecessary to prowl through the statutory origins of these provisions, as for example *The Power Commission Amendment Act, 1909*, 1909 (Ont.), c. 19, and the agreements thereby validated because, whether or not the local distribution authority acquired an equity in law or in fact in the assets of Ontario Hydro, nothing in s. 76 can be found to support or authorize the post-1966 scheme for charges and credits between the respondent and the local distribution authority. There is no question but that the title to the assets of the respondent is in law in the respondent free and clear of any and all claims in law or equity by the local distribution authority. Section 39(4) of the Act provides:

39. . . .

(4) The Corporation may, upon such terms as it considers proper, sell, lease or otherwise dispose of any property, real or personal, that it finds unnecessary for its purposes.

Furthermore, we are not concerned with whether or not the post-1966 scheme was instituted in order to do justice between various hydro users with respect to an accumulated credit or an accumulated charge between the parties arising

La différence totale entre les débits et les crédits est la somme nette de \$921,463 dont l'appelante ne peut réclamer que la partie non prescrite. En tout état de cause, les parties s'entendent sur les montants en jeu.

Comme on l'a vu, l'art. 76 autorise l'intimée à exiger de la municipalité «ce qu'il en coûte . . . pour fournir et livrer l'électricité». Il n'y a rien dans cet article qui ressemble à une autorisation législative précise du programme de 1966. Relativement à l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 76, le juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] . . . il est évident que le «prix qu'une municipalité doit payer pour l'électricité» doit être «ce qu'il en coûte à la Société . . . pour fournir et livrer l'électricité». Par conséquent, les montants exigés par Ontario Hydro (représentés par le «rendement des capitaux propres» et les «frais de rendement») ne sont pas autorisés par l'art. 76, à moins qu'il s'agisse de ce qu'il en coûte pour livrer et fournir l'électricité.

Il n'est pas nécessaire de s'attarder aux origines législatives de ces dispositions, comme par exemple *The Power Commission Amendment Act, 1909*, 1909 (Ont.), chap. 19, et les accords que cette loi a ratifiés parce que, peu importe que les commissions hydro-électriques locales aient acquis ou non dans l'actif d'Ontario Hydro une participation de droit ou de fait, rien dans l'art. 76 n'était ou n'autorise le programme de débits et de crédits en vigueur depuis 1966 entre l'intimée et les commissions hydro-électriques locales. Il n'y a pas de doute que le titre de propriété de l'intimée sur l'actif qu'elle possède est en droit franc et quitte de toute réclamation que peut faire valoir, en *common law* ou en *equity*, une commission hydro-électrique locale. Le paragraphe 39(4) de la Loi prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 39. . . .

(4) La Société peut, aux conditions qu'elle juge appropriées, vendre, louer ou autrement aliéner tout bien, meuble ou immeuble, jugé inutile à la réalisation de ses objectifs.

En outre, nous n'avons pas à examiner si le programme en vigueur depuis 1966 a été établi en vue de faire justice aux divers abonnés du réseau relativement à un crédit ou débit couru entre les parties par suite du programme en vigueur avant

out of the pre-1966 plan. The simple question before this Court is whether or not s. 76 and the related sections of the Act can support the charges made by the respondent to the appellant. It is to be noted that s. 76, as in the case of s. 58, includes a discretion in the respondent to determine the cost of supplying and delivering power. As in the case of s. 58, however, this flexibility granted by the statute must be construed in the context of the balance of the section and cannot, in my opinion, be extended to authorize or support the post-1966 scheme of charges or credits with which we are here concerned. With respect, I agree once again with the learned trial judge with respect to the inapplicability of s. 76 as the basis for this 1966 scheme.

I turn therefore to the remaining statutory provision stated to be relevant on this matter, namely s. 7(3)(a) and (b), which provides as follows:

7. ...

(3) Any expenditure heretofore or hereafter incurred by the Corporation,

(a) for works or services in carrying out the directions of the Lieutenant Governor in Council or for which the Corporation has had other proper authority and that has not already been included in the cost of power to municipal corporations under contract with the Corporation but that, in the opinion of the Corporation, has proved or may ultimately prove beneficial to municipal corporations under contract with the Corporation for a supply of power, or to municipal corporations that may from time to time thereafter enter into such contracts;

(b) considered necessary or desirable by the Corporation in the interests of municipal corporations then or that may thereafter be under contract with the Corporation for a supply of power, in carrying on, promoting or extending the operations of the Corporation in connection with the generation, distribution or supply of power or for any work or service considered by the Corporation incidental thereto,

may be included by the Corporation as part of the cost of supplying power to any of such municipalities and shall be apportioned by the Corporation as provided in this section and section 76.

1966. La simple question soumise à cette Cour est de savoir si l'art. 76 et les articles connexes de la Loi peuvent étayer les frais imposés à l'appelante par l'intimée. Il faut remarquer que l'art. 76, tout comme l'art. 58, accorde à l'intimée le pouvoir discrétionnaire d'établir ce qu'il en coûte pour fournir et livrer l'électricité. A l'instar de l'art. 58 toutefois, cette souplesse que confère la Loi doit s'interpréter en fonction du reste de l'article et ne peut, à mon avis, être élargie de façon à autoriser ou à étayer le programme des débits ou crédits en vigueur depuis 1966, qui nous intéresse en l'espèce. Avec égards, je souscris une fois de plus à l'opinion du savant juge de première instance selon laquelle l'art. 76 ne peut servir de fondement au programme de 1966.

J'en viens donc à la dernière disposition législative que l'on dit pertinente en l'espèce, savoir les al. 7(3)a) et b) qui se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 7. ...

(3) Toute dépense jusqu'ici ou désormais engagée par la Société,

a) pour les ouvrages faits ou les services dispensés en exécution des directives du lieutenant-gouverneur en conseil ou pour lesquels la Société a obtenu une autre autorisation valable et qui n'ont pas déjà été inclus dans le coût de l'électricité réclamé aux municipalités liées par contrat avec la Société mais qui, de l'avis de la Société, se sont révélés utiles ou pourront, en fin de compte, se révéler utiles aux municipalités liées avec la Société par un contrat de fourniture d'électricité, ou aux municipalités qui peuvent ultérieurement conclure de tels contrats;

b) jugée nécessaire ou souhaitable par la Société, dans l'intérêt des municipalités qui sont alors liées ou qui peuvent ultérieurement se lier avec la Société par un contrat de fourniture d'électricité, pour poursuivre, promouvoir ou accroître l'exploitation de la Société relativement à la production, à la distribution ou à la fourniture d'électricité ou pour un ouvrage ou un service qui s'y rattache selon la Société,

peut-être incluse par la Société dans ce qui lui en coûte pour fournir de l'électricité aux municipalités et doit être répartie par la Société de la façon prévue au présent article et à l'article 76.

This provision authorizes the inclusion by the respondent in the "cost of supplying power" of "expenditures" made by the respondent for "works or services . . . not already . . . included in the cost of power" in the case of para. (a), and made "in connection with the generation, distribution or supply of power" in connection with para. (b). Obviously, there has been no expenditure made in an amount equal to the charges made against the appellant by the respondent under the 1966 scheme; and certainly none have been made therewith with reference to the construction of works or the provision of services or for the generation or distribution of power. It was argued by the respondent that the concluding words of para. (b), "for any work or service considered by the Commission incidental thereto," would authorize the inclusion of the net charge under the 1966 scheme. Such an extension of the words produces an unnatural result and cannot, in my view, be reasonably interpreted to support the charges here before the Court. The learned trial judge concluded with reference to these sections:

As to section 7(3)(a), for the reasons stated earlier, charging for a "return on equity" is not an "expenditure" related to the cost of power; and in any event it is not one for which Ontario Hydro "has had other proper authority"; under section 7(3)(b) it is not an "expenditure" in connection with the generating, distribution or supply of power . . ."; under section 7(4) it does not come within "expenses".

With respect, I agree with his conclusions.

These are the sections of the Act relied upon by the respondent as justifying the 1966 scheme under which the amount under claim by the appellant was charged against the appellant by the respondent. The Court of Appeal came to the same conclusion as the trial judge as to the correct interpretation of the statute and concluded:

It would require much clearer and more definitive words in the statute to give to Hydro the power and authority now claimed.

A word should be said about s. 82 of the Act which qualifies s. 76. It reads:

Cette disposition autorise l'intimée à inclure dans «ce qu'il lui en coûte pour fournir de l'électricité aux municipalités» les «dépenses» engagées pour «les ouvrages . . . ou les services . . . qui n'ont pas déjà été inclus dans le coût de l'électricité» dans le cas de l'al. a) et les dépenses engagées «relativement à la production, à la distribution ou à la fourniture d'électricité» dans le cas de l'al. b). Il est évident que l'intimée n'a faite aucune dépense pour un montant égal aux frais exigés de l'appelante en vertu du programme de 1966 et il est certain qu'aucune n'a été faite pour la construction d'ouvrages ou la prestation de services ou pour la production ou la distribution d'électricité. L'intimée a fait valoir que les derniers mots de l'al. b), «pour un ouvrage ou un service qui s'y rattache selon la Société» permettraient d'inclure le montant net des frais exigés en vertu du programme de 1966. Pareille extension du sens des mots aboutit à un résultat anormal et on ne peut, à mon avis, interpréter raisonnablement ces mots pour justifier les frais dont il est question en l'espèce. Traitant de ces dispositions, le savant juge de première instance a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] Quant à l'al. 7(3)a), pour les motifs déjà énoncés, le montant exigé pour un «rendement des capitaux propres» n'est pas une «dépense» liée au coût de l'électricité et, en tout état de cause, ce n'est pas une dépense pour laquelle Ontario Hydro «a obtenu une autorisation valable»; en vertu de l'al. 7(3)b), ce n'est pas une «dépense» liée «à la production, à la distribution ou à la fourniture d'électricité . . .»; ce n'est pas une «dépense» au sens du par. 7(4).

Avec égards, je souscris à ses conclusions.

Ce sont là les articles de la Loi que l'intimée invoque pour justifier le programme de 1966 en vertu duquel elle a exigé de l'appelante le montant que celle-ci veut maintenant récupérer. La Cour d'appel en est arrivée à la même conclusion que le juge de première instance pour ce qui est de l'interprétation qu'il convient de donner à la loi et elle a conclu:

[TRADUCTION] Il faudrait trouver dans la loi des termes plus clairs et plus explicites pour donner à la Société le pouvoir qu'elle revendique maintenant.

Il convient de mentionner l'art. 82 de la Loi qui limite la portée de l'art. 76. Cet article se lit comme suit:

82.—(1) The Corporation shall annually adjust and apportion the amounts payable by municipal corporations under sections 76 to 81.

(2) The Corporation shall also annually adjust and apportion among the municipal corporations all such expenditures made by the Corporation in exercise of the powers conferred upon the Corporation by this Act as have been incurred for or on behalf of the municipal corporations.

(3) The adjustment and apportionment made by the Corporation is final and binding upon the municipal corporations.

This section is, as in the case of the sections already examined, concerned with “such expenditures” made by the respondent. In contrast with accounting entries or deemed expenses and charges, one should read this as a reference to “actual” expenditures. One must also, in reading these sections in isolation, appreciate that the Act already has made provision for the charging by the respondent of such non-cash items as depreciation. The accounting system thus produces the charges to be made for the “cost of supplying power” by the respondent to its utility customers. It is only after this process has been completed that we come to the “equity” program instituted in the pre-1966 schemes by the respondent, and continued in a different form in the post-1966 scheme.

It was strenuously argued, and indeed found to be so in the courts below, that the respondent did not gain or lose revenue by reason of the operation of this scheme. Each customer utility received charges or credits according to the calculations made under the plan and this resulted in net charges or net credits to such utilities. Since the plan operated without reference to actual outstanding debts or debts amortized, but rather on a basis whereby credits were created in recognition of previous payments made by some utilities, and charges were made to other utilities which offset or matched the credits, the respondent neither gained nor lost revenue as a result. This would leave the respondent in a flat position having experienced neither gain nor loss by reason of the operation of the plan. All this is irrelevant to the determination of the issue. The plan is either

[TRADUCTION] 82.—(1) La Société rajuste et répartit annuellement les montants que doivent payer les municipalités en vertu des articles 76 à 81.

<sup>a</sup> (2) La Société rajuste et répartit aussi annuellement entre les municipalités toutes les dépenses engagées, dans l'exercice des pouvoirs que lui accorde la présente loi, aux fins ou au nom des municipalités.

<sup>b</sup> (3) Le rajustement et la répartition que fait la Société sont définitifs et lient les municipalités.

<sup>c</sup> A l'instar des articles déjà examinés, cet article vise «les dépenses» de l'intimée. Il faut voir dans cet article une mention à des dépenses «réelles», par rapport aux écritures comptables ou aux dépenses et frais présumés. En lisant ces articles séparément, il faut en outre se rendre compte que la Loi a déjà prévu l'imputation par l'intimée de postes hors caisse comme l'amortissement. Ainsi, le système comptable fait que l'intimée impose aux abonnés du service de l'électricité des frais pour «ce qu'il en coûte pour fournir l'électricité». Ce n'est qu'une fois ce processus achevé que nous en venons au plan de «participation» mis sur pied par l'intimée dans les programmes antérieurs à 1966 et maintenu sous une forme différente dans le programme en vigueur depuis 1966.

<sup>d</sup> <sup>e</sup> <sup>f</sup> On a soutenu avec vigueur, ce qui a effectivement été constaté dans les cours d'instance inférieure, que l'intimée n'a ni tiré ni perdu aucun revenu par suite de l'application de ce programme. Chaque service d'électricité s'est vu inscrire des débits ou des crédits suivant les calculs faits en vertu du programme et il en est résulté pour chaque service des débits ou crédits nets. Puisque le programme a été appliqué indépendamment des dettes réelles en souffrance ou amorties, mais plutôt en fonction du principe suivant lequel des crédits étaient établis en considération des paiements antérieurs que certains services avaient faits, et des frais étaient imposés à d'autres services pour contrebalancer ou compenser les crédits, l'intimée n'a finalement ni tiré ni perdu aucun revenu. Ainsi la situation de l'intimée n'a pas changé puisqu'elle n'a réalisé aucun gain ni subi

authorized by statute or it is not.

For the respondent to succeed it is necessary to find a place in the Act in which to fit this scheme. This could only be found in the charge authorized by the statute to be made for power by the respondent to its customers, and in my view, no such place can be found for the scheme which produced the charges here in issue.

The conclusion that the scheme is not authorized must, of course, apply to all amounts put in issue both in the claim and in the counterclaim. The moneys paid by the appellant for which recovery is here sought were in payment of charges which the Act did not authorize. In the result, the courts below concluded, and I respectfully agree, that these moneys were paid by the appellant to the respondent under a mutual mistake of law. In the case of the claim by the appellant, therefore, we must proceed to the issue of the recoverability of the moneys paid by the appellant and received by the respondent under the 1966 scheme.

The law of mistake, with particular reference to the recovery of moneys paid under mistake law, was for many years regarded as settled. A concise record of the state of this branch of the law is found in *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9th ed. 1976), p. 641:

To entitle the plaintiff to recover, the mistake upon which he has acted must be one of fact, not of law. The distinction was drawn by Lord ELLENBOROUGH in *Bilbie v. Lumley* in 1802 [(1802), 2 East 469], and affirmed in *Brisbane v. Dacres* in 1813 [(1813), 5 Taunt. 143]. The Judicial Committee of the Privy Council, however, held in 1960 that a plaintiff may recover money paid on a mistake of law provided that he is not *in pari delicto* with the defendant. They relied especially on the observations of Lord MANSFIELD in a number of cases between 1760 and 1780. But it is difficult to believe that these observations survived the decisions in *Bilbie v. Lumley* and *Brisbane v. Dacres*. In 1943, indeed, CROOM-JOHNSON, J., thought the proposition

aucune perte par suite de l'application du programme. Tout cela n'est d'aucune utilité pour régler le litige. Ou la loi permet le programme, ou elle ne le permet pas.

<sup>a</sup> Pour que l'intimée ait gain de cause, il est nécessaire de trouver dans la Loi une disposition qui autorise ce programme. Seules les dispositions qui autorisent l'intimée à imposer à ses abonnés <sup>b</sup> des frais d'électricité pourraient permettre ce programme, et à mon avis, aucune de ces dispositions n'autorise le programme à l'origine des frais dont il est question en l'espèce.

<sup>c</sup> La conclusion que le programme n'est pas autorisé doit, certes, s'appliquer à tous les montants en question, tant dans la demande principale que dans la demande reconventionnelle. Les sommes que l'appelante a versées et qu'elle cherche à recouvrer <sup>d</sup> en l'espèce représentent des paiements de frais non autorisés par la Loi. En définitive, les cours d'instance inférieure ont conclu, et je souscris respectueusement à leur conclusion, que l'appelante a payé ces sommes à l'intimée par suite d'une erreur <sup>e</sup> de droit commune. Par conséquent, dans le cas de la réclamation de l'appelante, il faut examiner la question de savoir si l'appelante peut recouvrer les sommes qu'elle a payées à l'intimée en vertu du <sup>f</sup> programme de 1966.

Pendant plusieurs années, on a considéré comme établi le droit applicable à l'erreur, en ce qui concerne en particulier le recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit. On trouve une brève mention de l'état de cet aspect du droit dans l'ouvrage de *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9<sup>e</sup> éd. 1976), à la p. 641:

[TRADUCTION] Pour que le demandeur ait droit au <sup>h</sup> recouvrement, il doit avoir agi en raison d'une erreur de fait, non d'une erreur de droit. Cette distinction a été faite par lord ELLENBOROUGH dans l'arrêt *Bilbie v. Lumley* en 1802 [(1802), 2 East 469], et confirmée dans l'arrêt *Brisbane v. Dacres* en 1813 [(1813), 5 Taunt. <sup>i</sup> 143]. En 1960 toutefois, le Comité judiciaire du Conseil privé a décidé qu'un demandeur peut recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit pourvu qu'il ne soit pas partie à un acte illégal avec le défendeur. Le Comité a invoqué en particulier les observations de Lord MANSFIELD dans plusieurs décisions rendues entre 1760 et 1780. Mais on peut difficilement croire que ces observations ont survécu aux décisions <sup>j</sup>

that "a voluntary payment under a mistake of law cannot be recovered" to be "beyond argument at this period in our legal history." English juristic opinion is categorical. Perhaps the most impressive statement is that of Winfield in his edition of *Pollock on Contracts*: "money paid under a mistake of law cannot in any case be recovered."

In contrast with this principle is the law relating to the recovery of moneys paid under mistake of fact. Baron Parke in *Kelly v. Solari* (1841), 9 M. & W. 54, at p. 58 stated the rule:

... where money is paid to another under the influence of a mistake, that is, upon the supposition that a specific fact is true, which would entitle the other to the money, but which fact is untrue, and the money would not have been paid if it had been known to the payer that the fact was untrue, an action will lie to recover it back, ...

The application of these principles in the courts went along for 150 years without significant variation until a judgment of the Judicial Committee of the Privy Council in *Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192. By a Uganda statute it was made an offence "[to ask] for ... or receive ... money other than rent ...". The lessor demanded and the lessee paid a premium at the time of execution of a seven-year lease. The Judicial Committee found that neither party thought they were doing anything illegal and that the payment was made and received under a mutual mistake of law arising out of a failure of their respective lawyers to appreciate the true meaning of the statute in question. The offence thereby committed by the lessor was punishable by a fine or imprisonment. The statute did not make it an offence for the lessee to pay the premium. Lord Denning limited the general rule of mistake of law to instances where a party to an "illegal contract" sought the aid of a court in its enforcement. No remedy was of course available in such a circumstance. Where, however, the recovery of money already paid over was in issue the Judicial Committee considered two rules would operate. Where the contract was still executory, moneys paid thereunder were recoverable; but when fully exe-

rendues dans les arrêts *Bilbie v. Lumley* et *Brisbane v. Dacres*. En effet, en 1943, le juge CROOM-JOHNSON a estimé que la thèse selon laquelle «on ne peut recouvrer un paiement volontaire dû à une erreur de droit» était «indéniable à ce moment de l'histoire de notre droit». L'opinion des juristes anglais est catégorique. La déclaration la plus imposante est sans doute celle de Winfield dans son édition de *Pollock on Contracts*: «on ne peut en aucun cas recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit».

Le droit relatif au recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de fait contraste avec ce principe. Dans *Kelly v. Solari* (1841), 9 M. & W. 54, à la p. 58, le baron Parke a énoncé la règle suivante:

[TRADUCTION] ... si un montant d'argent est payé à une autre personne à la suite d'une erreur, c'est-à-dire en raison de la conviction de l'exactitude d'un fait précis qui donne à l'autre personne droit à cet argent, et que ce fait se révèle inexact, de sorte que le débiteur ne l'aurait pas payé s'il avait su que ce fait était inexact ... une action peut être intentée pour recouvrer le montant payé ...

Pendant 150 ans, les cours ont appliqué ces principes sans les modifier sensiblement, jusqu'à l'arrêt du Comité judiciaire du Conseil privé *Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani*, [1960] A.C. 192. Une loi de l'Ouganda érigeait en infraction le fait de [TRADUCTION] «[demander] ... ou de recevoir ... une somme d'argent autre qu'un loyer ...». Le locateur a exigé et le locataire a payé une prime au moment de la signature d'un bail de sept ans. Le Comité judiciaire a conclu qu'aucune des parties ne croyait commettre un acte illégal et que le paiement avait été fait et reçu par suite d'une erreur de droit commune découlant de l'omission, par leurs conseillers juridiques respectifs, d'apprécier le vrai sens de la loi en question. L'infraction ainsi commise par le locateur était punissable d'une amende ou d'un emprisonnement. La loi n'érigeait pas en infraction le paiement de la prime par le locataire. Lord Denning a restreint l'application de la règle générale de l'erreur de droit aux cas où une partie à un «contrat illégal» demande à une cour de faire exécuter le contrat. Aucun recours n'était évidemment possible dans un tel cas. Toutefois, dans les cas où le recouvrement de la somme déjà versée était en cause, le Comité judiciaire a estimé que deux règles devaient s'appliquer. Si le contrat n'est pas encore exécuté, il



cuted, no recovery was possible “unless the parties were not *in pari delicto*”. The contract in *Kiriri, supra*, was executed, that is, the premium had been paid, the lease delivered, and the lessee was in possession. Hence the sole issue to be determined was whether, in connection with this executed contract, the parties thereto were “*in pari delicto*”. The principle upon which the Judicial Committee proceeded to that point is stated by Lord Denning at p. 204:

Nor is it correct to say that money paid under a mistake of law could never be recovered back. The true proposition is that money paid under a mistake of law, by itself and without more, cannot be recovered back. . . . If there is something more in addition to a mistake of law—if there is something in the defendant’s conduct which shows that, of the two of them, he is the one primarily responsible for the mistake—then it may be recovered back. Thus, if as between the two of them the duty of observing the law is placed on the shoulders of the one rather than the other—it being imposed on him specially for the protection of the other—then they are not *in pari delicto* and the money can be recovered back; see *Browning v. Morris* [(1778) 2 Cowp. 790, 792], by Lord Mansfield. Likewise, if the responsibility for the mistake lies more on the one than the other—because he has misled the other when he ought to know better—then again they are not *in pari delicto* and the money can be recovered back; see *Harse v. Pearl Life Assurance Co.*, [[1904] 1 K.B. 558, 564], by Romer L.J.

The Judicial Committee of the Privy Council then applied the principle to the statute in question and found at p. 205 that:

The duty of observing the law is firmly placed by the Ordinance on the shoulders of the landlord for the protection of the tenant: and if the law is broken, the landlord must take the primary responsibility.

because whatever be the circumstance it is the landlord who is to blame “. . . [for] using his property rights so as to exploit those in need of a roof over their heads” (p. 205). In applying the test of “*in pari delicto*”, the Judicial Committee analysed the statute, found that the statute was for the benefit of the plaintiff lessee and placed a primary responsibility for any breach upon the lessor-defendant, and ordered the repayment of the

est possible de recouvrer les sommes payées en vertu de ce contrat; mais une fois le contrat entièrement exécuté, aucun recouvrement n’est possible [TRADUCTION] «à moins que les parties ne soient pas parties à un acte illégal». Dans l’affaire *Kiriri*, précitée, le contrat était exécuté, c’est-à-dire que la prime avait été payée, le bail était signé et le locataire avait pris possession des lieux. Ainsi, il suffisait de déterminer si les parties à ce contrat exécuté étaient «parties à un acte illégal». Lord Denning a énoncé, à la p. 204, le principe sur lequel s’est fondé le Comité judiciaire pour trancher cette question:

[TRADUCTION] Il n’est pas exact non plus de dire qu’on ne peut jamais recouvrer une somme payée en raison d’une erreur de droit. En réalité, on prétend qu’une somme payée en raison d’une erreur de droit seulement, sans plus, ne peut être recouvrée. . . . S’il y a plus qu’une erreur de droit (s’il ressort de la conduite du défendeur que c’est lui qui est le premier responsable de l’erreur), alors la somme peut être recouvrée. Ainsi, si entre eux, l’obligation d’observer la loi incombe à l’un plutôt qu’à l’autre (si elle lui incombe spécialement pour la protection de l’autre), ils ne sont pas parties à un acte illégal et la somme peut être recouvrée; voir *Browning v. Morris* [(1778) 2 Cowp. 790, 792], motifs de lord Mansfield. De même, si la responsabilité de l’erreur incombe plus à l’un qu’à l’autre (parce qu’il a induit l’autre en erreur alors qu’il aurait dû être plus prudent), encore là ils ne sont pas parties à un acte illégal et la somme peut être recouvrée; voir *Harse v. Pearl Life Assurance Co.*, [[1904] 1 K.B. 558, 564], motifs du lord juge Romer.

Le Comité judiciaire du Conseil privé a alors appliqué le principe à la loi en question et il a conclu, à la p. 205, que:

[TRADUCTION] Selon l’ordonnance, l’obligation d’observer la loi incombe nettement au propriétaire pour la protection du locataire: et si la loi est enfreinte, le propriétaire en est le premier responsable.

parce que, quelles que soient les circonstances, c’est le propriétaire qui doit se voir reprocher [TRADUCTION] «. . . d’utiliser ses droits de propriété pour exploiter les personnes qui ont besoin d’un logis» (p. 205). En appliquant le critère des «parties à un acte illégal», le Comité judiciaire a analysé le texte de loi, il a constaté que ce texte favorisait le locataire demandeur et attribuait au locateur défendeur la responsabilité première de

money. Thus the important step in the process in the eyes of the Judicial Committee of the Privy Council was the classification of the statute as to its object in order to locate a primary burden so as to ultimately determine if the parties to the contract were “*in pari delicto*”. It perhaps should be noted that Lord Denning makes reference to a Court of Appeal judgment (*Green v. Portsmouth Stadium, Ltd.*, [1953] 2 All E.R. 102) where the plaintiff failed to recover although the statute again made it an offence for the defendant to recover from the plaintiff the moneys in issue. Lord Denning, sitting at the time in the Court of Appeal, denied recovery on the ground that the statute was silent as to recovery of the moneys wrongfully collected but imposed a penalty thereby raising the inference that “no other remedy is available”. The statute was there found not to be for the benefit of the bookmakers (of which the plaintiff was one) at a race track, but was for the regulation of race tracks. The Court of Appeal relied upon *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790, to reach the opposite result (p. 104 of *Green, supra*) from that obtained on the analysis of the statute in *Kiriri* (*supra*, at p. 204)). The two cases can only be reconciled where the statute is found to have been enacted for the benefit of a section of the community which includes the plaintiff. In each statute an offence was created and penalties prescribed. In each case one class of members of the community were entitled to protection from overcharging by another class. In *Green*, however, it was considered that the presence of a penalty in the provision in the statute foreclosed an action for money had and received; but in *Kiriri, supra*, such an action succeeded. It is possible, therefore, that each was a case for the application of the exemption from the mistake of law rule by the application of the *in pari delicto* test, but one statute was taken as a bar to the action (*Green, supra*) and the other was construed as not barring the action (*Kiriri, supra*) because the statute was for the benefit and protection of the plaintiff and his ilk in the community. In *Green, supra*, Lord Denning concluded, at p. 104:

toute violation, et il a ordonné le remboursement de la somme versée. Ainsi, selon le Comité judiciaire du Conseil privé, l'étape importante du processus consiste à classer la loi suivant son objet en vue d'établir à qui incombe la responsabilité première de façon à déterminer ensuite si les parties au contrat sont «parties à un acte illégal». On devrait peut-être remarquer que lord Denning mentionne un arrêt de la Cour d'appel (*Green v. Portsmouth Stadium, Ltd.*, [1953] 2 All E.R. 102) où le demandeur n'a pu obtenir un recouvrement même si, encore là, la loi prévoyait que le défendeur commettrait une infraction s'il recouvrait du demandeur les sommes en litige. Lord Denning, qui siégeait à l'époque en Cour d'appel, a refusé le recouvrement pour le motif que la loi ne parlait pas du recouvrement des sommes perçues illicitement mais qu'elle imposait une amende, d'où la déduction que [TRADUCTION] «aucun autre recours n'était possible». On y a conclu que la loi visait non pas la protection des preneurs aux livres (ce qu'était le demandeur) à une piste de course, mais plutôt la réglementation des pistes de course. En s'appuyant sur l'arrêt *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790, la Cour d'appel a conclu à l'opposé (p. 104 de l'arrêt *Green*, précité) de ce qui a été conclu après avoir analysé la loi dans l'arrêt *Kiriri* (précité, à la p. 204). Les deux arrêts ne peuvent être conciliés que si l'on conclut que la loi a été adoptée au profit d'une catégorie de personnes dont fait partie le demandeur. Chaque loi créait une infraction et prescrivait des amendes. Dans chaque cas, une catégorie de personnes avait le droit d'être protégée contre tout paiement excessif exigé par les membres d'une autre catégorie. Dans l'arrêt *Green* toutefois, on a jugé que le fait qu'une peine soit prévue par la loi empêchait une action pour enrichissement sans cause, mais dans l'arrêt *Kiriri*, précité, une telle action a été accueillie. Il se peut donc que chaque cas en était un où il était possible d'appliquer l'exception à la règle de l'erreur de droit par l'application du critère des parties à un acte illégal, mais une loi a été interprétée comme interdisant l'action (*Green*, précité) et l'autre, comme n'interdisant pas l'action (*Kiriri*, précité) pour le motif qu'elle visait la protection du demandeur et des autres personnes dans la même situation. Dans l'arrêt *Green*, précité, lord Denning a conclu, à la p. 104:

... the Act was not passed for the protection of the bookmakers ... It is for the regulation of racecourses, and the mode of regulation is by means of the criminal courts, and not by way of civil action.

It is difficult in any case to find support in *Green, supra*, although it was cited in *Kiriri, supra*, because it was not, on its facts or indeed on the reasoning in the judgment, a case where mistake of either fact or law was present.

The learned author of Treitel, *The Law of Contract* (5th ed. 1979), at p. 369 treats the principle of *Kiriri* as limited to "class-protecting statutes" and makes no reference to an "*in pari delicto*" exception to the general rule of non-recovery of moneys paid under mistake of law. In Goff and Jones, *The Law of Restitution* (2nd ed. 1978), at p. 96, *Kiriri* is taken as recognizing an exception to the prohibition against recovery of moneys paid under mistake of law as laid down by *Hastelow v. Jackson* (1828), 8 B.&C. 221 at p. 226, where the parties to an illegal contract, even if fully executed are not *in pari delicto*, or "on equal terms".

Assuming for the moment the test to be as stated in *Kiriri, supra*, namely that if the plaintiff finds himself in the class for whose protection the offended statute was enacted, he may recover moneys paid to the offender, does the principle enable the appellant to succeed here? First of all there is no contract in the sense that the appellant and the respondent agreed, as in *Kiriri, supra*, and *Green, supra*, for the payment annually of a net "cost of return". In 1964 the parties agreed respectively to take and supply electrical power and that the appellant would pay the respondent all charges therefor including a charge for the retirement of the respondent's debt. No contract was subsequently entered into by the parties to cover the charges which give rise to the action for recovery now brought by the appellant. It was argued in the court below that the appellant had agreed through the Ontario Municipal Electric

[TRADUCTION] ... la Loi n'a pas été adoptée en vue de protéger les preneurs aux livres ... Elle vise la réglementation des pistes de course et le mode de réglementation s'effectue au moyen des cours de juridiction criminelle et non au moyen de recours civils.

Même s'il a été cité dans l'arrêt *Kiriri*, précité, on peut difficilement invoquer l'arrêt *Green*, précité, parce que, d'après les faits qu'il comporte ou même les motifs de décision, ce n'est pas un cas où l'on trouvait une erreur de fait ou de droit.

Le savant auteur de Treitel, *The Law of Contract*, (5e éd. 1979), à la p. 369, considère que le principe énoncé dans l'arrêt *Kiriri* se limite aux [TRADUCTION] «lois visant la protection d'une catégorie de personnes» et il ne mentionne aucunement le principe des «parties à un acte illégal» comme une exception à la règle générale du non-recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit. Dans l'ouvrage de Goff et Jones, *The Law of Restitution* (2e éd. 1978), à la p. 96, l'arrêt *Kiriri* est interprété comme reconnaissant une exception à l'interdiction de recouvrer une somme payée en raison d'une erreur de droit, énoncée dans l'arrêt *Hastelow v. Jackson* (1828), 8 B.&C. 221, à la p. 226, lorsque les parties à un contrat illégal, même entièrement exécuté, ne sont pas parties à un acte illégal, [TRADUCTION] ou «sur un pied d'égalité».

En supposant pour l'instant que le critère applicable est celui énoncé dans l'arrêt *Kiriri*, précité, savoir que le demandeur qui fait partie d'une catégorie de personnes que la loi enfreinte vise à protéger, peut recouvrer les sommes payées au contrevenant, ce principe permet-il à l'appelante d'avoir gain de cause en l'espèce? Tout d'abord, il n'y a pas de contrat en ce sens que l'appelante et l'intimée auraient convenu, comme c'était le cas dans les affaires *Kiriri* et *Green*, précitées, du paiement chaque année de «frais de rendement» nets. En 1964, les parties ont accepté respectivement de recevoir et de livrer de l'électricité et elles ont convenu que l'appelante paierait à l'intimée tous les frais y relatifs, y compris un débit applicable au remboursement de la dette de l'intimée. Les parties n'ont par la suite conclu aucun contrat à l'égard des frais qui sont à l'origine de l'action en recouvrement intentée par l'appelante. On a fait

Association of which it is a member, to pay such charges, but the courts below found against the respondent on that argument and the submission was not advanced here. Thus we are not faced with the executed or executory tests mentioned in *Kiriri, supra*, nor are we concerned with the precise base of that case, namely, the recovery of moneys paid under an illegal contract. The parties here did not 'agree' to do something prohibited by the Act. The respondent submitted a claim for payment of charges for power supplied, which were not authorized by the Act under which the parties were operating and the appellant, in all innocence, paid the account so rendered. The "*in pari delicto*" test and its terminology seem most inappropriate and utterly unconnected to the realities of the transaction.

Furthermore, the Act in question cannot be said to have been passed for the benefit of the appellant, in the words of *Green, supra*; nor did the statute impose a duty on the respondent more than the appellant to observe its terms, in the words of *Kiriri, supra*; nor can the statute be said to impose a duty specially on the respondent "for the protection of" the appellant again in the words of *Kiriri, supra*, p. 204.

The statute here was enacted to continue a pre-existing Corporation engaged in the generation and supply of electric power throughout the province and to authorize it to carry on and expand its operations as the Lieutenant Governor in Council may authorize. Provisions incidental to these functions include the compensation of persons affected by works undertaken by the respondent, including municipal corporations and commissions. Part II of the statute applies to the supply of power by the respondent to municipal agencies such as the appellant and, in this connection, certain general municipal powers under other statutes are incorporated by reference. It is important to note that s. 76(3), *supra*, is found in a part of the Act dealing with the supply of power not just to municipal corporations but to the community generally.

valoir devant la cour d'instance inférieure que l'appelante avait accepté, par l'intermédiaire de l'Ontario Municipal Electric Association dont elle est membre, de payer ces frais, mais les cours d'instance inférieure ont rejeté cet argument de l'intimée qui n'a pas été repris ici. Ainsi, nous n'avons pas à examiner les critères du contrat exécuté ou non exécuté dont il est fait mention dans l'arrêt *Kiriri*, précité, ni à examiner le fondement précis de cet arrêt, savoir le recouvrement de sommes payées en vertu d'un contrat illégal. Les parties en l'espèce n'ont pas «convenu» d'accomplir un acte interdit par la Loi. L'intimée a produit une demande de paiement des frais d'électricité fournis, lesquels n'étaient pas autorisés par la Loi régissant les parties, et l'appelante, en toute innocence, a acquitté ce compte. Le critère des «parties à un acte illégal» et sa terminologie semblent vraiment inappropriés et absolument sans rapport avec les faits de l'opération.

En outre, on ne peut pas dire que la Loi en question a été adoptée au profit de l'appelante, suivant les termes de l'arrêt *Green*, précité; et la Loi n'impose pas à l'intimée plus qu'à l'appelante une obligation de se conformer à ses dispositions, selon les termes de l'arrêt *Kiriri*, précité; on ne peut pas dire non plus que la Loi impose à l'intimée une obligation spéciale «afin de protéger» l'appelante, toujours suivant les termes de l'arrêt *Kiriri*, précité, p. 204.

La loi en l'espèce a été adoptée en vue de maintenir une société déjà existante qui s'occupe de la production et de la fourniture d'électricité dans toute la province, et de l'autoriser à poursuivre et à accroître son exploitation selon que peut l'autoriser le lieutenant-gouverneur en conseil. Les dispositions accessoires à ces fonctions comprennent l'indemnisation des personnes lésées par les ouvrages que l'intimée entreprend, y compris les municipalités et les commissions municipales. La partie II de la Loi porte sur la fourniture d'électricité par l'intimée aux organismes municipaux comme l'appelante et, à cet égard, certains pouvoirs généraux que possèdent les municipalités en vertu d'autres lois y sont incorporés par renvoi. Il importe de remarquer que le par. 76(3), précité, se trouve dans une partie de la Loi qui traite de la

Other parts of the statute authorize the respondent to distribute power directly to the residents in any part of the province not serviced by municipal agencies who have contracts with the respondent. The purpose of the Act may be described in the simplest terms as being to establish the facilities for the production and supply of electric power at cost throughout the province either by the respondent directly or through municipal corporations or other agencies; (for the term "at cost" see ss. 7, 76 and 84; for the respondent's supervising powers over the distribution of electrical energy see ss. 93 and 96).

The only offences established by the statute relate to breaches of the regulations of the respondent concerning inspection, equipment and construction and repair of facilities; and for the failure of a municipal commission to distribute power at rates approved by the respondent, but the penalty in that connection is disqualification of the members of the municipal corporation or commission from responsible posts for five years. By s. 101 of the Act, the respondents may, where a municipal agency neglects or refuses to carry out "any direction or regulation lawfully given or made under the Act," appoint a person to remedy such default and the cost of doing so shall be added to the charges for power supplied under s. 76, *supra*. There is a general penalty imposed for breach of specified sections of the Act but these do not relate to those invoked by the respondent or the appellant in connection with the charges for power here in issue.

The Judicial Committee in *Kiriri, supra*, in reciting the general principle that "without more", money paid under mistake of law may not be recovered, gave illustrations as to what "more" must be present. These are (all taken from p. 204):

fourniture d'électricité non seulement aux municipalités mais aussi à la collectivité en général. D'autres parties de la Loi autorisent l'intimée à distribuer l'électricité directement aux résidents de tout endroit de la province non desservi par des organismes municipaux liés par contrat avec l'intimée. On peut décrire l'objet de la Loi de la manière la plus simple comme étant l'établissement des installations nécessaires à la production et à la fourniture d'électricité au prix coûtant partout dans la province, soit directement par l'intimée, soit par l'intermédiaire des municipalités ou d'autres organismes; (pour ce qui est de l'expression «au prix coûtant», voir les art. 7, 76 et 84; en ce qui concerne les pouvoirs de surveillance de l'intimée en matière de distribution d'électricité, voir les art. 93 et 96).

d

Les seules infractions créées par la Loi concernent la violation des règlements de l'intimée en matière d'inspection, d'équipement, de construction et de réparation des installations, ainsi que l'omission, par une commission municipale, de distribuer l'électricité selon les taux approuvés par l'intimée, mais la peine prévue à cet égard est l'interdiction faite, pendant cinq ans, aux membres de la municipalité ou de la commission municipale d'occuper un poste qui comporte des responsabilités. Aux termes de l'art. 101 de la Loi, l'intimée peut, lorsqu'un organisme municipal néglige ou refuse d'appliquer [TRADUCTION] «une directive donnée ou un règlement édicté légitimement en vertu de la Loi», charger une personne de remédier à cette situation et les frais qui en découlent sont ajoutés aux frais d'électricité fournie en vertu de l'art. 76, précité. Une peine générale est prévue en cas de contravention à certains articles de la Loi, mais ces articles n'ont rien à voir avec ceux invoqués par l'intimée ou l'appelante relativement aux frais d'électricité en cause en l'espèce.

i

Dans l'arrêt *Kiriri*, précité, en énonçant le principe général qu'une somme payée en raison d'une erreur de droit «sans plus» ne peut être recouvrée, le Comité judiciaire a illustré ce qu'il doit y avoir de «plus», savoir (extrait de la p. 204):

(a) 'By the defendant's conduct he is the one primarily responsible for the mistake.' Here the payor and the payee are two public authorities operating under a statute enacted by the Legislature to bring electric power at cost to all members of the provincial community. Each has its staff and organization, including legal advisors. The appellant had for years gone along with the plan. H.R. McDonald, a member and sometime chairman of the appellant who acted as counsel for the appellant on this very issue on at least one occasion, had testified that while he frequently and vigorously spoke against the respondent's equity "cost/credit" scheme, he did not realize that it was unlawful until 1974 when this action was instituted. The following exchange occurred in his cross-examination:

Q. Now, I think you've told my friend that no challenge of the legality of the return on equity and the cost of return was made until you made a submission to the Ontario Energy Board in May of 1974?

A. Yes, sir. That never occurred to me until then.

Q. But you, as a lawyer, particularly, and as an official of this utility, you appreciated that for—from 1966 to 1974, that Hydro had been paying out return on equity and had been charging that cost of return to and prorating it among all the utilities who were under contract with it?

A. Yes. I appreciated they had been doing that. I know that prior to that we had taken a strong opposition against it as we could everywhere we went, and the question of the legality of it, as I say, never occurred to me, as a practising lawyer.

I took the view that the Commission had solicitors and counsel, and I wasn't sitting there to give legal advice, unfortunately, or fortunately.

I got into the Ontario Energy Board thing because it was sprung upon us, and it was really difficult to find counsel who understood anything about electrical energy; and I made the decision—the Commission made the decision that I would represent them then.

a) «De par sa conduite, le défendeur est le premier responsable de l'erreur.» En l'espèce, la partie qui effectue le paiement et celle qui le reçoit sont deux organismes publics régis par une loi adoptée par la Législature afin de fournir l'électricité au prix coûtant à tous les membres de la collectivité provinciale. Chaque organisme possède son personnel et son organisation, y compris des conseillers juridiques. Pendant des années, l'appelante a souscrit à ce programme. H.R. McDonald, un membre et ancien président de l'appelante, qui a agi à titre de procureur de l'appelante sur cette question précise à au moins une occasion, a témoigné que même s'il s'est souvent prononcé fortement contre le programme de participation «coût et crédit» de l'intimée, il ne s'est rendu compte de l'illégalité de ce programme qu'en 1974, au moment où la présente action a été intentée. Le contre-interrogatoire qu'il a subi comporte les questions et réponses suivantes:

Q. Maintenant, je pense que vous avez dit que la légalité du rendement des capitaux propres et des frais de rendement n'a été contestée que lorsque vous êtes adressé à l'Ontario Energy Board en mai 1974?

R. Oui monsieur; je ne m'en étais pas rendu compte avant.

Q. Mais vous-même, à titre de conseiller juridique en particulier, et en qualité de dirigeant de ce service d'électricité, vous avez constaté que de 1966 à 1974, Ontario Hydro a payé un rendement des capitaux propres et imposé des frais de rendement, selon un mode de calcul proportionnel, à tous les services d'électricité liés à elle par contrat?

R. Oui, je l'ai constaté. Je sais qu'auparavant, nous nous y sommes fortement opposés partout où nous allions, et comme je vous le dis, la question de la légalité ne m'est jamais venue à l'esprit, à titre de conseiller juridique.

J'ai estimé que la Commission possédait un service de contentieux et, heureusement ou malheureusement, je n'y siégeais pas pour prodiguer des conseils juridiques.

Je me suis lancé dans l'affaire de l'Ontario Energy Board parce que cela s'imposait et il était vraiment difficile de trouver un avocat qui comprenne quelque chose en matière d'énergie électrique, et j'ai pris la décision, la Commission a alors décidé que je la représenterais.

And I must say that is the first time I really took a look at it from a legal point of view, as opposed to a management point of view, or a political point of view.

Et je dois dire que c'est la première fois que je l'ai vraiment envisagée sous un angle juridique, plutôt que sous un angle administratif ou politique.

When one considers the complexity of the respondent's scheme and the magnitude of the operations carried on by the respondent and the public utilities under the Act throughout the province, one must have the greatest sympathy for Mr. McDonald in attempting to determine the proper course of the appellant to follow as these events unfolded and the operations of the scheme progressed. I can find nothing in the statute to make either the respondent or the appellant primarily responsible for this mistake; nor can I find anything in the statute which makes the term "*in pari delicto*" appropriate in describing the action of either party.

Si on considère la complexité du programme de l'intimée et l'ampleur des activités que poursuivent l'intimée et les services d'électricité en vertu de la Loi dans toute la province, on ne peut qu'avoir une profonde sympathie pour M<sup>e</sup> McDonald qui a tenté de déterminer la ligne de conduite que l'appelante devait suivre au moment où se déroulaient ces événements et où le programme prenait de l'essor. Je ne trouve rien dans la Loi qui attribue la responsabilité première de l'erreur à l'intimée ou à l'appelante; je ne trouve rien non plus dans la Loi qui fait que l'expression «partie à un acte illégal» convient pour décrire la conduite de l'une ou l'autre des parties.

(b) 'As between the two of them, the duty of obeying the law is placed on the shoulders of one rather than the other.' Because the statute here is administrative in nature and authorizes each party to undertake a role in the statutory plan, this test is inappropriate. Obviously the respondent is the dominant player on the team. It generates and distributes all electric power in the province. The appellant has a responsibility confined geographically and restricted to distribution of power. But in their respective spheres they are each responsible and accountable public agencies playing their roles in providing to the people of Ontario electricity at cost. The duties are complementary, not competitive or even matching.

b) «Entre eux, l'obligation d'observer la loi incombe à l'un plutôt qu'à l'autre.» Parce que la Loi en l'espèce est de nature administrative et qu'elle autorise chaque partie à jouer un rôle dans le programme qu'elle prévoit, ce critère est inopportun. Il est évident que l'intimée joue un rôle dominant. Elle produit et distribue toute l'énergie électrique dans la province. La responsabilité de l'appelante est limitée sur le plan géographique et se résume à la distribution de l'électricité. Mais dans leurs sphères respectives, elles sont toutes deux des organismes publics responsables qui jouent chacun un rôle dans la fourniture d'électricité au prix coûtant aux consommateurs de l'Ontario. Leurs fonctions sont complémentaires et non pas concurrentielles ni même équivalentes.

(c) 'The duty of observing the law is imposed on the one for the protection of the other.' The relationship in these proceedings does not lend itself to this type of analysis. The respondent has a duty to supply power to the appellant and all other distributors and consumers, at cost. That duty is to ensure a result, namely the delivery of electrical power to the population of the province, at cost. The duties of the parties in the plan are mutual, not reciprocal or even sequential. It can hardly be said that

c) «L'obligation d'observer la loi incombe à l'un pour la protection de l'autre.» Les rapports qui existent en l'espèce ne se prêtent pas à une analyse de ce genre. L'intimée est tenue de fournir l'électricité au prix coûtant à l'appelante et à tous les autres distributeurs et consommateurs. Cette obligation vise notamment à assurer la livraison de l'électricité à la population de la province, au prix coûtant. Les obligations des parties au programme sont mutuelles, non réciproques ni même suc-

the provisions of this long and complex statute have been brought into the law for the protection of the appellant. Indeed, the appellant is subjected to numerous constraints in the statute, not for the protection of the respondent, but as in the case of the constraints applied to the respondent, for the purpose of achieving the object of the statute, that is the generation and delivery of electricity to the community at cost.

- (d) 'Does the responsibility for the mistake lie more on one party than on the other because he has misled the other when he ought to know better?' The factual background here dictates otherwise. While the respondent calculated the charges for power delivered, it communicated those charges in an itemized account which clearly isolated the amounts now in dispute. The appellant was aware of the process applied by the respondent before and after 1966 when the plan in question began. The plan was the subject of much discussion, indeed debate, between the parties over several years. Legal practitioners experienced in the field were present and available for advice to the appellant at meetings, and representations on this very plan were made early in the period of implementation and throughout the operation of the plan. It cannot be said that the respondent misled the appellant. The respondent considered (and apparently considers) the scheme to be a valid exercise of the respondent's discretion in calculating its costs for the supply of power under the statute and the respondent's view of the statute and the plan was not challenged by litigation on the part of the appellant for eight years.

Another element which bears upon the determination of the equities between the parties is the absence of oppression, force or pressure of the circumstances which might have the effect of reducing the plaintiff-appellant to a subservient position at the time of the payment of the moneys in question. The learned justice at trial found:

In my view the payments were made without protest in the sense that it intended to preserve legal rights. Nepean did voice its objections from time to time; but in

cessives. On peut difficilement dire que les dispositions de cette loi élaborée et complexe ont été adoptées pour la protection de l'appelante. De fait, la Loi assujettit l'appelante à de nombreuses contraintes, non pour la protection de l'intimée, mais, comme dans le cas des contraintes imposées à l'intimée, aux fins de réaliser l'objectif de la loi, c'est-à-dire la production et la livraison de l'électricité à la collectivité, au prix coûtant.

- d) «La responsabilité de l'erreur incombe-t-elle plus à une partie qu'à l'autre parce qu'elle a induit l'autre en erreur alors qu'elle aurait dû être plus prudente?» Il ressort des faits en l'espèce que ce n'est pas le cas. Bien qu'elle ait calculé les frais d'électricité livrée, l'intimée a communiqué ces frais dans un compte détaillé qui montrait clairement chacun des montants maintenant contestés. L'appelante connaissait la méthode appliquée par l'intimée avant et après 1966 lorsqu'est entré en vigueur le programme en question. Le programme a été amplement analysé et même débattu par les parties durant plusieurs années. Des avocats expérimentés en la matière étaient présents aux réunions et prêts à conseiller l'appelante, et des représentations concernant ce programme même ont été faites dès son implantation et tout au long de son application. On ne peut pas dire que l'intimée a induit en erreur l'appelante. L'intimée a jugé (et elle considère apparemment) que le programme constitue un exercice valide du pouvoir discrétionnaire que lui attribue la Loi pour ce qui est du calcul de ce qu'il lui en coûte pour fournir l'électricité, et sa perception de la loi et du programme n'a pas été contestée en justice par l'appelante pendant huit ans.

Un autre élément qui entre en jeu dans la détermination des droits des parties est l'absence de pression, de contrainte ou d'influence des circonstances qui auraient pu avoir pour résultat de réduire la demanderesse appelante à l'état de subalterne au moment du paiement des sommes en question. Le savant juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] A mon avis, les paiements ont été effectués sans réserve, dans le but de préserver des droits. Nepean a formulé des objections à l'occasion; mais à



my view the circumstances do not go beyond what can be described as quibbling and grumbling. It cannot be inferred from the circumstances that the payments were involuntary in the legal sense.

While I find that in making payments from 1966 to 1974 there was no intention on the part of Nepean to preserve any legal rights, I would have difficulty in finding that the conversation between Mr. Hargreaves and Mr. Graham constituted a real threat to "put trustees in", particularly in the light of what happened when Nepean eventually did refuse to pay in 1974.

For these reasons I find that Nepean made these payments under mistake of law; the payments were voluntary according to law and accordingly the claim for return of money fails, in so far as it is based on compulsion or practical compulsion.

This is not a case of an illegal agreement. Electric power was supplied by the respondent to the appellant under the statutory plan. The respondent billed the appellant. In doing so, charges not authorized in the statute for the supply of power at cost were included. The appellant paid the accounts as rendered. Neither party committed a wrong or delict in the sense of a tortious act, an act against common business morality, or an offence under a statute. Neither public body was authorized to make or receive these payments by the statute. Is the effect of the lack of authority in the Act for these additional charges, simply to reduce the burden otherwise arising under either a mutual or unilateral contract to pay the cost for electricity delivered? If so, the accounts rendered by the respondent were in breach of the contract arising on delivery of power under the Act and not susceptible to classification as an illegal transaction.

I therefore conclude that assuming the law to be as enunciated in *Kiriri, supra*, the appellant has not brought itself within that law in the circumstances of this case. Therefore, the general principles of mistake of law apply and the appellant is not entitled to recover the moneys paid.

mon avis, ces objections se sont résumées à ce qu'on peut qualifier de rouspétance. On ne peut déduire des circonstances que les paiements étaient involontaires au sens de la loi.

Même si je conclus qu'en effectuant les paiements de 1966 à 1974, Nepean n'avait pas l'intention de préserver un droit quelconque, je pourrais difficilement conclure que la conversation qu'ont eue MM. Hargreaves et Graham constituait une menace réelle de «demander la tutelle», compte tenu en particulier de ce qui s'est produit lorsque Nepean a finalement refusé de payer en 1974.

Pour ces motifs, je conclus que Nepean a fait ces paiements par suite d'une erreur de droit; les paiements étaient volontaires selon la loi et, par conséquent, la demande de recouvrement des sommes payées échoue pour autant qu'elle s'appuie sur la contrainte ou sur la contrainte de fait.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'une convention illégale. L'intimée a fourni l'électricité à l'appelante conformément au programme prévu par la loi. L'intimée a facturé l'appelante. Ce faisant, des frais non autorisés par la loi pour la fourniture d'électricité au prix coûtant ont été inclus. L'appelante a payé les factures reçues. Aucune des parties n'a commis un méfait ou un délit au sens d'un acte préjudiciable, un acte à l'encontre de l'éthique commerciale, ni une infraction à une loi. Aucun de ces organismes publics n'était autorisé par la Loi à effectuer ou à recevoir ces paiements. L'absence d'autorisation de ces frais additionnels par la Loi a-t-elle pour effet simplement de réduire l'obligation, qui autrement découle d'un contrat mutuel ou unilatéral, de payer le coût de l'électricité fournie? Si c'est le cas, les comptes remis par l'intimée ont constitué une violation du contrat relatif à la livraison d'électricité en vertu de la Loi et ne pouvaient être qualifiés d'opération illégale.

Je conclus donc, en supposant que le droit applicable est celui énoncé dans l'arrêt *Kiriri*, précité, que l'appelante n'a pas établi que ce droit lui est applicable en l'espèce. Par conséquent, les principes généraux de l'erreur de droit s'appliquent et l'appelante n'a pas le droit de recouvrer les sommes versées.

I do not believe, however, that the principle applicable here is that discussed in *Kiriri, supra*, and therefore I propose to dispose of this case on other grounds.

As noted above, the Judicial Committee of the Privy Council in *Kiriri, supra*, purported to find the root for the variation of the general law pertaining to the recovery of moneys paid under mistake of law in the judgments of Lord Mansfield from 1760 to 1780. These are the cases to which reference was made directly and indirectly: *Smith v. Bromley* (1760), 2 Doug. 696; 99 E.R. 441 (*in notis*); *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790; 98 E.R. 1364; and *Lowry and Another v. Bourdieu* (1780), 2 Doug. 468; 99 E.R. 299. These judgments, however, concern the rule invoked in actions for the recovery of moneys paid under an illegal transaction. In *Smith v. Bromley, supra*, for example, Lord Mansfield was concerned with the recovery of moneys paid under extortionate circumstances by a relative of a bankrupt to a creditor of the bankrupt in order to facilitate bankruptcy proceedings. The payment was contrary to statute and, in the view of the Court, to the common law prior to the passage of the statute. There is no mention in the report of any mistake of law, fact or anything else. The sister of the bankrupt was the victim of simple extortion by a creditor and sued to recover the money extorted from her. His Lordship stated in part, at p. 444 of the English Reports:

But the present is the case of a transgression of a law made to prevent oppression, either on the bankrupt, or his family, and the plaintiff is in the case of a person oppressed, from whom money has been extorted and advantage taken of her situation and concern for her brother.

Earlier in the judgment Lord Mansfield said, at p. 443:

If the act is in itself immoral, or a violation of the general laws of public policy, there, the party paying shall not have this action; for where both parties are equally criminal against such general laws, the rule is, *potior est conditio defendentis*. But there are other laws, which are calculated for the protection of the subject against oppression, extortion, deceit, &c. If such laws

Je ne crois pas cependant que le principe applicable en l'espèce est celui énoncé dans l'arrêt *Kiriri*, précité, et je propose donc de fonder ma décision sur d'autres motifs.

<sup>a</sup> Comme je l'ai déjà souligné, le Comité judiciaire du Conseil privé a, dans l'arrêt *Kiriri*, précité, prétendu puiser dans les décisions rendues par lord Mansfield entre 1760 et 1780 la source du <sup>b</sup> changement du droit général applicable au recouvrement des sommes versées par suite d'une erreur de droit. Voici les arrêts qui ont été mentionnés directement ou indirectement: *Smith v. Bromley* (1760), 2 Doug. 696; 99 E.R. 441 (*in notis*); <sup>c</sup> *Browning v. Morris* (1778), 2 Cowp. 790; 98 E.R. 1364; *Lowry and Another v. Bourdieu* (1780), 2 Doug. 468; 99 E.R. 299. Toutefois, ces décisions ont trait à la règle invoquée dans les actions en <sup>d</sup> recouvrement des sommes payées aux termes d'une opération illégale. Par exemple, dans *Smith v. Bromley*, précité, lord Mansfield était saisi d'un recouvrement de sommes versées, dans un cas <sup>e</sup> d'extorsion, par un parent d'un failli à un créancier de la faillite en vue de faciliter les procédures de faillite. Le paiement était contraire à la loi et, de l'avis de la cour, contraire à la *common law* en vigueur avant l'adoption de la loi en question. Le jugement ne fait état d'aucune erreur de droit, de <sup>f</sup> fait ou autre. La sœur du failli a été victime d'une extorsion simple de la part d'un créancier et a entamé une poursuite en recouvrement de la somme dont elle a été extorquée. Lord Mansfield affirme notamment, à la p. 444 des English <sup>g</sup> Reports:

[TRADUCTION] Mais il s'agit en l'espèce de la violation d'une loi adoptée en vue d'empêcher l'oppression tant du failli que de sa famille, et la demanderesse est dans la <sup>h</sup> situation d'une personne opprimée, à qui on a extorqué de l'argent et dont la situation et la préoccupation à l'égard de son frère ont été exploitées.

Lord Mansfield avait déjà dit dans ce jugement, à <sup>i</sup> la p. 443:

[TRADUCTION] Si l'acte est en soi immoral, ou s'il constitue une violation des lois générales d'intérêt public, alors, la partie qui a effectué le paiement n'a pas droit à ce recours; en effet, si les deux parties ont également violé ces lois, la règle *potior est conditio defendentis* s'applique. Mais il y a d'autres lois qui visent à protéger le citoyen contre l'oppression, l'extor-

are violated, and the defendant takes advantage of the plaintiff's condition or situation, there the plaintiff shall recover, and it is astonishing that the reports do not distinguish between the violation of the one sort and the other.

For good measure His Lordship added, at p. 444:

It is absurd to say, that any one transgresses a law made for his own advantage, willingly.

In *Browning v. Morris*, *supra*, Lord Mansfield pronounced the principle applicable to the recovery of moneys paid under a transaction prohibited by statute as follows, at pp. 1364-65 of the English Reports:

But, where contracts or transactions are prohibited by positive statutes, for the sake of protecting one set of men from another set of men; the one, from their situation and condition, being liable to be oppressed or imposed upon by the other; there, the parties are not in *pari delicto*; and in furtherance of these statutes, the person injured, after the transaction is finished and completed, may bring his action and defeat the contract. For instance, by the Statute of Usury, taking more than 5 per cent. is declared illegal, and the contract void; but these statutes were made, to protect needy and necessitous persons from the oppression of usurers and monied men, who are eager to take advantage of the distress of others; . . .

Again there is no reference in the report to a mistake of any kind, including a mistake of law. The Court was only concerned with a complicated lottery ticket insurance scheme operated between two professionals in the business. The transaction was apparently expressly prohibited by statute. His Lordship concluded at p. 1365:

So that the plaintiff was not only in *pari delicto*, but also stood in the light and under the description of that species of insurer, from whom the statute meant to protect the unwary.

In the result, the plaintiff failed to recover the moneys.

In the third case, *Lowry v. Bourdieu*, *supra*, the plaintiff sought recovery of a premium paid on a void insurance contract which, by reason of its nature, amounted to a gaming contract. The plain-

sion, la fraude, etc. Si ces lois sont violées et que le défendeur exploite la situation et l'état de la demanderesse, alors la demanderesse a droit au recouvrement, et je m'étonne que les recueils ne fassent pas la distinction entre la violation des lois d'une catégorie et de celles d'une autre catégorie.

Par mesure de précaution, lord Mansfield ajoute, à la p. 444:

[TRADUCTION] Il est absurde d'affirmer qu'une personne puisse, volontairement, enfreindre une loi adoptée pour sa propre protection.

Dans l'arrêt *Browning v. Morris*, précité, lord Mansfield a énoncé comme suit le principe applicable au recouvrement des sommes payées en vertu d'une opération illégale, aux pp. 1364 et 1365 des English Reports:

[TRADUCTION] Mais lorsque des contrats ou des opérations sont interdits par des lois en vigueur en vue de protéger une catégorie de personnes contre une autre catégorie de personnes, lorsque, de par leur situation et leur état, les personnes d'une catégorie sont sujettes à l'oppression ou à la duperie des personnes de l'autre catégorie, alors les parties ne sont pas parties à un acte illégal; et aux fins de ces lois, la personne lésée peut, une fois l'opération complétée, intenter son action et annuler le contrat. Par exemple, en vertu de la *Statute of Usury*, il est illégal d'exiger plus de 5 pour 100 et, le cas échéant, le contrat est nul; toutefois ces lois ont été adoptées pour la protection des personnes démunies contre l'oppression des usuriers et des biens nantis qui s'empressent de profiter de l'infortune d'autrui . . .

Là encore, le recueil ne fait mention d'aucune erreur ni même d'une erreur de droit. La cour n'était saisie que d'un plan complexe d'assurance à lots exploité par deux professionnels. Cette activité était manifestement expressément interdite par la loi. Lord Mansfield a conclu, à la p. 1365:

[TRADUCTION] Ainsi le demandeur n'était pas seulement partie à un acte illégal mais il agissait aussi ouvertement et en qualité d'assureur de cette espèce, contre qui la loi visait à protéger l'imprudent.

En définitive, le demandeur n'a pu recouvrer les sommes en litige.

Dans le troisième arrêt, *Lowry v. Bourdieu*, précité, le demandeur cherchait à recouvrer une prime versée aux termes d'une police d'assurance nulle qui, de par sa nature, équivalait à un contrat

tiff failed, the majority finding the policy to be a gaming contract, that it was contrary to the statute, and that the rule of *in pari delicto* barred the plaintiff. No mention was made of the law of mistake. The report continued at p. 301 of the English Reports:

Lord Mansfield said, he desired it might not be understood, that the Court held, that, in all cases where money has been paid on an illegal consideration, it cannot be recovered back. That in cases of oppression, when paid, for instance, to a creditor to induce him to sign a bankrupt's certificate, or upon an usurious contract, it may be recovered, for, in such cases, the parties are not in *pari delicto*.

Buller J. dismissed the claim on the grounds that the contract was executed and while recovery might have been possible in the executory stage, the plaintiff must now fail. Willes J., in dissent, found that while the plaintiff may not have had an insurable interest, nonetheless the contract was not a gaming policy and consequently not an illegal contract. He then found this was a mistake because both thought that there was an insurable interest, "but it is a new point of law". Thus, only the dissenting justice found a mistake to be present but whether he concluded it was a mistake of fact or law is not clear.

This group of cases seems an unlikely point of origin for a principle that moneys paid under mistake of law might be recoverable but only in the circumstances where the plaintiff and defendant are not *in pari delicto* and where the primary guilt or responsibility resides in the defendant. A more likely point of origin in the era of Lord Mansfield is found in *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676 (likewise mentioned in *Kiriri, supra*), where Lord Mansfield stated at p. 1012:

This kind of equitable action, to recover back money, which ought not in justice to be kept, is very beneficial, and therefore much encouraged. It lies only for money

de jeu. Le demandeur n'a pas eu gain de cause, la majorité ayant décidé que la police était un contrat de jeu, qu'elle était contraire à la loi et que la règle des parties à un acte illégal constituait une fin de non-recevoir opposable à l'action du demandeur. Aucune mention n'a été faite du droit relatif à l'erreur. On lit ensuite, à la p. 301 des English Reports:

[TRADUCTION] Lord Mansfield a dit qu'il ne voulait pas que l'on comprenne que la Cour a conclu que dans tous les cas où une somme a été payée pour un motif illégal, elle ne peut être recouvrée. Que, dans les cas d'oppression, lorsqu'elle a été payée par exemple à un créancier pour l'inciter à signer un concordat, ou dans le cas d'un contrat usuraire, elle peut être recouvrée puisque dans ces cas, les parties ne sont pas parties à un acte illégal.

Le juge Buller a rejeté la réclamation pour le motif que le contrat était exécuté et que même si le recouvrement avait été possible au cours de l'exécution, l'action du demandeur devait maintenant être rejetée. Le juge Willes, dissident, a conclu que même si le demandeur pouvait ne pas avoir eu un intérêt assurable, le contrat n'était pas pour autant un contrat de jeu et par conséquent, il ne constituait pas un contrat illégal. Il a alors conclu qu'il s'agissait d'une erreur parce que les deux parties ont cru qu'il y avait un intérêt assurable, [TRADUCTION] «mais c'est un point de droit nouveau». Ainsi, seul le juge dissident a conclu à l'existence d'une erreur, mais il n'a pas clairement conclu s'il s'agissait d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait.

Il est peu probable que cette série d'arrêtés soient à l'origine d'un principe voulant que les sommes payées en raison d'une erreur de droit puissent être recouvrées uniquement dans le cas où le demandeur et le défendeur ne sont pas parties à un acte illégal et lorsque la responsabilité première incombe au défendeur. On trouve un point d'origine plus probable à l'époque de lord Mansfield dans l'arrêt *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676 (mentionné également dans l'arrêt *Kiriri*, précité), où lord Mansfield affirme, à la p. 1012:

[TRADUCTION] Ce genre d'action d'équité, en recouvrement d'une somme qui ne doit pas, en toute justice, être conservée, est très utile et on l'encourage donc

which, *ex aequo et bono*, the defendant ought to refund: it does not lie for money paid by the plaintiff, which is claimed of him as payable in point of honor and honesty, although it could not have been recovered from him by any course of law; as in payment of a debt barred by the Statute of Limitations, or contracted during his infancy, or to the extent of principal and legal interest upon an usurious contract, or, for money fairly lost at play; because in all these cases, the defendant may retain it with a safe conscience, though by positive law he was barred from recovering. But it lies for money paid by mistake; or upon a consideration which happens to fail; or for money got through imposition, (express, or implied) or extortion; or oppression; or an undue advantage taken of the plaintiff's situation, contrary to laws made for the protection of persons under those circumstances.

In one word, the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money.

That case arose out of an agreement between the payee and the endorsee of a bill of exchange whereby the endorsee agreed that he would not bring action against the payee-endorser if he would endorse the bill. Contrary to the agreement, he did so and recovered judgment which the payee-endorser successfully set aside in these proceedings. The only reference to mistake is the somewhat oblique comment, *supra*, by His Lordship in finding in the final analysis that the defendant here is bound in natural justice and equity to make refund. Again there is no reference in the report to any mistake on the part of anyone either as to fact or law.

Reference was made to *Lowry v. Bourdieu*, *supra*, by Lord Ellenborough C.J. a few years later in *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448. The insurer in that case had paid under the policy upon the loss by capture of the defendant's vessel. The plaintiff later discovered that non-disclosure of certain important information rendered the policy void. The plaintiff-insurer in fact was aware, prior to the payment of loss under the policy, of all the circumstances but did not appreciate at that time that non-disclosure

fortement. Elle s'applique uniquement à la somme que le défendeur doit remettre *ex aequo et bono*: elle ne permet pas de recouvrer la somme que le demandeur a payée et qu'il réclame comme lui étant due comme point d'honneur et en toute honnêteté, même s'il n'était pas tenu de la payer en droit, comme c'est le cas du paiement d'une dette prescrite ou contractée pendant sa minorité, ou représentant le capital et l'intérêt légal payé sur un contrat usuraire, ou pour une somme équitablement perdue au jeu; parce que dans tous ces cas, le défendeur peut retenir la somme en toute honnêteté même si sur le plan légal, il n'y a pas droit. Mais l'action s'applique à une somme payée par erreur, ou pour un motif qui vient à faire défaut, ou à une somme obtenue abusivement (d'une manière expresse ou implicite) ou par extorsion ou oppression, ou en exploitant indûment la situation du demandeur, contrairement aux lois adoptées pour la protection des personnes qui se trouvent dans cette situation.

En un mot, l'essence d'une action de ce genre est que le défendeur, suivant les circonstances de l'espèce, est tenu, de par les règles de la justice naturelle et de l'équité, de rembourser la somme.

Cette affaire tirait son origine d'une entente entre le bénéficiaire et l'endossataire d'une lettre de change par laquelle l'endossataire avait accepté de ne pas poursuivre le bénéficiaire-endorseur s'il acceptait d'endosser l'effet. Contrairement à l'entente, il a intenté une poursuite et obtenu jugement en sa faveur, et le bénéficiaire-endorseur a réussi à faire annuler ce jugement dans cette instance. La seule mention de l'erreur est l'observation quelque peu indirecte de lord Mansfield, précitée, lorsqu'il conclut en définitive que le défendeur en l'espèce est tenu, de par les règles de la justice naturelle et de l'équité, de rembourser la somme. Là encore, le recueil ne mentionne aucune erreur de fait ou de droit de la part d'une des parties.

Quelques années plus tard, le lord juge en chef Ellenborough a mentionné l'arrêt *Lowry v. Bourdieu*, précité, dans l'arrêt *Bilbie v. Lumley and Others* (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448. Dans cette affaire, l'assureur avait fait un paiement en vertu d'une police par suite de la perte par capture du navire des défendeurs. Plus tard, le demandeur s'est aperçu que la non-divulgaration de certains renseignements importants rendait la police nulle. En fait, le demandeur-assureur connaissait tous les faits avant de payer le montant de la perte confor-

vitiated the policy and hence the plaintiff's liability thereunder. Recovery was denied, Lord Ellenborough stating at pp. 449-50 of the English Reports:

Every man must be taken to be cognizant of the law; otherwise there is no saying to what extent the excuse of ignorance might not be carried. It would be urged in almost every case. In *Lowrie [sic] v. Bourdieu*, money paid under a mere mistake of the law (was endeavoured to be recovered back), and there Buller J. observed that ignorantia juris non excusat, &c.

In *Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222, Lord Ellenborough C.J. again found that a plaintiff could not recover moneys owing under a contract made contrary to the law. In reaching this conclusion, His Lordship stated at p. 223 of the English Reports:

So if a person sell goods with a knowledge and in furtherance of the buyer's intention to convey them upon a smuggling adventure, he is not permitted by the policy of the law to recover upon such a sale; and in the same manner in the case of bricks sold under the statutable size, which the statute requires to be of certain dimensions, for the convenience of building, and perhaps for the benefit of the Revenue, the like doctrine has been held. Without multiplying instances of this sort it may be taken as a received rule of law, that what is done in contravention of the provisions of an Act of Parliament, cannot be made the subject-matter of an action. This is the rule which governs the decisions upon insurances on contraband trade, and all that class of cases where the party is connected with a previous knowledge of the illegality of the transaction.

The transaction was contrary to statute and this was pleaded by the defendant. It is true as Lord Denning has stated in *Kiriri, supra*, at p. 202 that these observations were not made with reference to the recovery of moneys paid over under an illegal transaction but rather in an instance where a party to an illegal transaction is seeking the aid of the court for its enforcement. Nonetheless it would appear to be a statement of the law at that time with reference to the recovery of moneys paid under a mistake of law. In the same year a four judge court under Chief Justice Mansfield rejected

mément à la police, mais il ne s'était pas rendu compte à ce moment-là que la non-divulgation de renseignements rendait la police nulle et le dégageait ainsi de la responsabilité qui lui incombait en vertu de celle-ci. Le recouvrement a été refusé, lord Ellenborough déclarant, aux pp. 449 et 450 des English Reports:

[TRADUCTION] Nul n'est censé ignorer la loi; sinon qui peut dire jusqu'où ira l'excuse d'ignorance. On la soulèverait dans presque tous les cas. Dans *Lowrie (sic) v. Bourdieu*, (on tentait de recouvrer) une somme payée en raison d'une simple erreur de droit et le juge Buller a souligné que l'ignorance de la loi n'est pas une excuse valable (*ignorantia juris non excusat, &c.*).

Dans l'arrêt *Langton and Others v. Hughes and Another* (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222, le lord juge en chef Ellenborough a conclu de nouveau qu'un demandeur ne peut recouvrer les sommes qui lui sont dues aux termes d'un contrat illégal. En tirant cette conclusion, le lord juge a déclaré, à la p. 223 des English Reports:

[TRADUCTION] Ainsi, si une personne vend des biens à un acheteur tout en connaissant son intention de les passer en contrebande et dans le but de l'aider à réaliser son dessein, la loi ne l'autorise pas à recouvrer le montant de la vente; et c'est le même principe qui s'est appliqué dans le cas de la vente de briques de dimensions inférieures à celles que prescrit la loi pour plus de commodité en construction et peut-être au profit du Revenu. Sans multiplier les cas de ce genre, on peut considérer comme une règle de droit admise que l'acte contraire aux dispositions d'une loi du Parlement ne peut faire l'objet d'une action en justice. C'est la règle qui régit les décisions en matière d'assurance du commerce de contrebande et dans tous les cas où la partie connaissait déjà l'illégalité de l'opération.

L'opération était contraire à la loi et c'est ce qu'a soutenu le défendeur. Il est vrai, comme l'affirme lord Denning à la p. 202 de l'arrêt *Kiriri*, précité, que ces observations ne visent pas le recouvrement de sommes payées en vertu d'une opération illégale, mais plutôt un cas où une partie à une opération illégale demande à la Cour de la faire exécuter. Néanmoins, elles semblent constituer un énoncé du droit applicable à l'époque au recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de droit. Au cours de la même année, dans l'arrêt *Brisbane v. Dacres* (1813), 5 Taunt. 143; 128 E.R.

a claim in *Brisbane v. Dacres* (1813), 5 Taunt. 143; 128 E.R. 641, for recovery of moneys paid under a mistake of law. The headnote states the rule to be as follows:

If a person with knowledge of the facts, but under a mistake as to the law, pays over to another, claiming it as a right, money which he was not compellable to pay, he cannot, upon discovering what his legal right was, recover it back, there being nothing against conscience in the other party's retaining it.

The captain of a naval vessel had unlawfully received payment for the transportation of private goods and had paid one-third of the payment so received over to the admiral under whose command he sailed. He did so believing this to be the law. On discovering that no such law existed, he brought action against the admiral's estate for the recovery of these moneys. The whole of the transaction was illegal and there was no mistake of fact, but only an ignorance of the law. One judge, Chambre J., dissented and would have allowed recovery. Gibb J. reviewed the pronouncements by Lord Mansfield in *Lowry v. Bourdieu*, *supra*, and other cases as well as *Bilbie v. Lumley*, *supra*. The only exception wherein recovery was said to be possible was where the plaintiff could demonstrate fraud.

Finally, in *Hastelow v. Jackson*, *supra*, referred to by Lord Denning in *Kiriri*, *supra*, the Court confirmed the trial judge who allowed recovery by the plaintiff of moneys deposited with the defendant stake-holder to abide the outcome of an unlawful prize fight. The judgment only obliquely referred to the law of mistake but rather turned on the question as to whether the illegal contract was executory at the time of notice by the plaintiff to the defendant stake-holder and therefore entitled the plaintiff to recovery of the moneys though paid under the unlawful arrangement. Littledale J. went on to add, however, at p. 1028 of the English Reports:

... if the event happens and the money is paid over without dispute, that is considered as a complete execu-

641, une cour composée de quatre juges sous la présidence du juge en chef Mansfield a rejeté une demande de recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de droit. Le sommaire énonce a la règle comme suit:

[TRADUCTION] Si une personne au courant des faits, mais par suite d'une erreur de droit, paie à une autre personne qui la réclame en prétendant y avoir droit, une somme qu'elle n'était pas tenue de payer, elle ne peut, après avoir découvert quel était son droit, la recouvrer puisque rien n'empêche l'autre partie de la retenir en toute liberté de conscience.

Le capitaine d'un navire avait illégalement accepté un paiement pour le transport de marchandises personnelles et il avait versé le tiers de la somme reçue à l'amiral qui le commandait. Il l'avait fait parce qu'il croyait que c'était prévu par la loi. Lorsque il s'est rendu compte qu'il n'existait aucune loi en ce sens, il a poursuivi la succession de l'amiral en vue de recouvrer la somme versée. L'opération était entièrement illégale et il n'y avait aucune erreur de fait, mais seulement ignorance de la loi. Le juge Chambre, dissident, aurait accueilli l'action. Le juge Gibb a passé en revue les décisions de lord Mansfield rendues notamment dans l'arrêt *Lowry v. Bourdieu*, précité, et l'arrêt *Bilbie v. Lumley*, précité. La seule exception où le recouvrement, disait-on, était possible était lorsque le demandeur pouvait établir qu'il y avait eu fraude.

Enfin, dans l'arrêt *Hastelow v. Jackson*, précité, que mentionne lord Denning dans l'arrêt *Kiriri*, précité, la Cour a confirmé la décision du juge de première instance qui avait permis au demandeur de recouvrer les sommes consignées auprès du défendeur dépositaire de paris en attendant l'issue d'un combat à enjeu illégal. L'arrêt ne mentionnait qu'indirectement le droit relatif à l'erreur et portait plutôt sur la question de savoir si le contrat illégal était exécutoire au moment où le demandeur a donné avis au défendeur dépositaire et, par conséquent, s'il permettait au demandeur de recouvrer les sommes même si elles avaient été payées aux termes d'un accord illégal. Le juge Littledale a toutefois ajouté, à la p. 1028 des English Reports:

[TRADUCTION] ... si l'événement se produit et que la somme est versée sans protestation, on estime que le

tion of the contract, and the money cannot be reclaimed;  
...

The case does not, in my view, form the basis for any broad rule supporting the recovery of moneys paid under mistake of law other than in the case where the recovery is sought while the contract is executory. It does not, in my view, support the general propositions in *Kiriri, supra*, and indeed was not cited therein for any such purpose. The excerpt from *Cheshire and Fifoot, supra*, therefore, would appear to correctly summarize the state of the law in England, notwithstanding the judgment in *Kiriri, supra*.

I turn back to the earlier reference to a right of recovery of moneys paid under illegal transactions. The words 'unlawful' and 'illegal' frequently appear in the authorities dealing with mistake of law and transactions contrary to the law. There appear to be three categories of actions or events which are contrary to the law and which sometimes fall into the descriptions 'unlawful' or 'illegal'. These are:

- (a) offences against statutes prohibiting defined conduct;
- (b) actions which are without legal consequence in the sense of creating enforceable rights, such as gaming contracts;
- (c) actions taken by statutory bodies outside the limits of authority granted or established in the statute.

In *Jowitt's Dictionary of English Law* (2nd ed. 1977), we find this discussion of these terms:

**Unlawful.** "Unlawful" and "illegal" are generally used as synonymous [*sic*] terms, but a distinction is occasionally drawn between them; "unlawful," as applied to promises, agreements, considerations and the like, is sometimes used to denote that they are ineffectual in law because they involve acts which, although not illegal (that is to say, positively forbidden), are disapproved of by the law, and are therefore not recognised as a ground of legal rights, either because they are immoral, or because they are against public policy. . . . It is on this ground that contracts in restraint of marriage or of trade are generally void. As a general rule, an unlawful agreement cannot be enforced, nor can money paid or property delivered under it be recovered back: *potior est conditio defendentis*.

contrat est entièrement exécuté, et la somme ne peut être réclamée . . .

J'estime que cet arrêt ne constitue pas le fondement d'une règle générale qui permet le recouvrement de sommes versées par suite d'une erreur de droit dans d'autres cas que celui où le recouvrement est demandé au moment où le contrat n'est pas exécuté. A mon avis, cet arrêt n'appuie pas les thèses générales de l'arrêt *Kiriri*, précité, et, en fait, il n'y a pas été cité à cette fin. Par conséquent, l'extrait de *Cheshire et Fifoot*, précité, semble résumer correctement l'état du droit en Angleterre, nonobstant l'arrêt *Kiriri*, précité.

Je reviens à la mention déjà faite du droit de recouvrer les sommes payées aux termes d'une opération illégale. On rencontre souvent les mots «illégitime» et «illégal» dans la jurisprudence portant sur l'erreur de droit et sur les opérations contraires à la loi. Il semble y avoir trois catégories d'actes ou d'événements qui sont contraires à la loi et qui sont parfois qualifiés d'«illégitimes» ou d'«illégaux». Ce sont:

- a) les infractions aux lois qui interdisent une conduite précise;
- b) les actes qui n'ont aucune incidence juridique, c'est-à-dire qui ne créent aucun droit exécutoire, comme par exemple les contrats de jeu;
- c) les actes qu'accomplissent des organismes établis en vertu d'une loi et qui excèdent les pouvoirs que la loi crée ou leur accorde.

Le *Jowitt's Dictionary of English Law* (2<sup>e</sup> éd. 1977) traite de ces termes comme suit:

[TRADUCTION] **Illégitime.** «Illégitime» et «illégal» sont généralement utilisés comme synonymes, mais il arrive que l'on établisse une distinction entre les deux; «illégitime», dans le cas de promesses, d'ententes, de motifs et ainsi de suite, s'emploie parfois pour indiquer qu'ils sont sans effet en droit parce qu'ils portent sur des actes qui, bien qu'ils ne soient pas illégaux (c'est-à-dire expressément interdits), sont réprouvés par la loi et, par conséquent, ne sont pas reconnus comme engendrant des droits, parce qu'ils sont soit immoraux, soit contraires à l'ordre public . . . C'est pour cette raison que les contrats qui portent atteinte au mariage ou au commerce sont généralement nuls. En règle générale, un contrat illégitime est inexécutable et la somme versée ou le bien aliéné en vertu d'un tel contrat ne peuvent être recouvrés: *potior est conditio defendentis*.



We are not here concerned with categories (a) or (b) but rather with (c). The distinction between (b) and (c) is simply that the actions of the class described in (c) are *ultra vires* the actor but are not contrary to any announced public policy, either in statute law or common law. What then is the applicable policy or principle of law to the position of the parties to such an unauthorized but not prohibited action? The appellant and the respondent had been participating in the pre- and post-1966 scheme as part of their respective operations under the Act. Each was mistaken as to the basis for the scheme under that statute. The principles of law pertaining to the rights of parties to illegal transactions has no application because these relate to transactions contrary to public policy or prohibited by statute. Such is, of course, not the case here. We are concerned with unauthorized acts and mutual mistake with respect thereto. The law of mutual mistake applies because in the circumstances such a mistake occurred. Any exception to the general rule barring recovery of moneys paid in an illegal transaction when the parties are not *in pari delicto* does not apply here because neither party has committed a delict and no wrongful conduct in the sense of actions contrary to statute or public policy has taken place. The transaction entered into by these two creatures of statute was not authorized by any statute. Neither body has inherent powers even in the sense of those enjoyed by a corporation created by letters patent issued by the Crown. As was noted when examining the older authorities, this cannot be classified as an illegal transaction as neither party has offended any prohibition in law but rather each party has respectively asked for and paid a charge not included in the statutory term "cost".

The appellant in this Court relied upon two decisions of this Court: *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147 and *Eadie v. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] S.C.R. 573. *Storthoaks, supra*, concerned a mistake of fact, and, in my respectful view, the judgment of Martland J., speaking on behalf of the full Court, cannot be

En l'espèce, il ne s'agit pas des catégories a) ou b), mais plutôt de la catégorie c). La distinction entre b) et c) réside simplement en ce que les actes de la catégorie décrite à c) excèdent les pouvoirs de l'auteur mais ne sont pas contraires à une politique générale proclamée dans les lois ou en *common law*. Quelle politique ou quel principe de droit s'applique alors à la situation des parties à cet acte non autorisé mais non interdit? Dans le cadre de leurs activités respectives en vertu de la Loi, l'appelante et l'intimée ont participé au programme antérieur à 1966 et à celui en vigueur après 1966. Chacune a cru à tort que cette loi autorisait le programme. Les principes juridiques applicables aux droits des parties à des opérations illégales ne s'appliquent pas parce qu'ils se rapportent à des opérations contraires à l'ordre public ou interdites par la loi. Ce n'est évidemment pas le cas en l'espèce. Il s'agit ici d'actes non autorisés et d'une erreur commune relative à ces actes. La règle de l'erreur commune s'applique parce qu'une erreur commune s'est produite en l'espèce. Nulle exception à la règle générale qui interdit de recouvrer les sommes versées dans le cadre d'une opération illégale lorsque les parties ne sont pas parties à un acte illégal ne s'applique en l'espèce parce qu'aucune partie n'a commis un délit ni aucun méfait au sens d'un acte contraire à une loi ou à l'ordre public. Aucune loi n'autorise l'opération intervenue entre ces deux organismes créés par la loi. Aucun de ces organismes n'a de pouvoirs intrinsèques même au sens de ceux dont jouit une société créée par lettres patentes délivrées par la Couronne. Comme on l'a fait remarquer à l'examen de la jurisprudence plus ancienne, on ne peut qualifier cette opération d'illégale puisque aucune des parties n'a enfreint une interdiction de la loi: chaque partie a respectivement demandé et payé des frais non compris dans le terme «coût» prévu par la loi.

L'appelante en cette Cour a invoqué deux arrêts de cette Cour: *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147 et *Eadie c. The Corporation of the Township of Brantford*, [1967] R.C.S. 573. Dans l'affaire *Storthoaks*, précitée, il s'agissait d'une erreur de fait et, à mon avis, les motifs que le juge Martland a rédigés au nom de toute la Cour, ne peuvent être

read as supporting the submissions of the appellant as to the law applicable in an action for the recovery of moneys paid under mistake of law. I take the reference at p. 160 to *The Dominion Bank v. The Union Bank of Canada* (1908), 40 S.C.R. 366, and the included reference to *Moses v. Macferlan*, *supra*, as dealing with the form of action for the recovery of moneys paid under a mistake of fact with which the Court in *Stor-thoaks*, *supra*, was solely concerned.

In *Eadie v. The Township of Brantford*, *supra*, the plaintiff sought recovery of moneys paid and land transferred to the defendant municipality as required by a by-law in order to obtain approval of a land severance sought by the plaintiff to complete the sale of his residence. After the plaintiff had paid the money and transferred the required frontage from his lands to the defendant municipality, the by-law in question was quashed by a court in a proceeding to which the plaintiff was not a party. Speaking for the majority in this Court, Spence J. concluded that the plaintiff had parted with his money and property under a mutual mistake of law, and:

It is, of course, a trite principle that money paid under a mutual mistake of law cannot be recovered. That principle, however, is subject to several well-established exceptions.

The basis for the exception relied upon in *Eadie*, *supra* was found in *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106 which is not a case of mistake of either fact or law but was a case of involuntary payment made under compulsion in circumstances where the plaintiff made it clear at the time of payment that he was not giving up his right to recovery of the moneys so paid. Lord Reading found the plaintiff disentitled to recover the moneys so paid even if it were a mistake of fact (pp. 117-18). Recovery was, however, allowed on the basis of the principle applicable to payments made under compulsion. Lord Reading said at p. 118:

If a person with knowledge of the facts pays money, which he is not in law bound to pay, and in circum-

interprétés comme appuyant la thèse de l'appelante concernant le droit applicable dans une action en recouvrement de sommes payées en raison d'une erreur de droit. J'estime que la mention, à la p. 160, de l'arrêt *The Dominion Bank c. The Union Bank of Canada* (1908), 40 R.C.S. 366 et la mention qui s'y trouve de l'arrêt *Moses v. Macferlan*, précité, traitent du genre d'action en recouvrement de sommes versées en raison d'une erreur de fait, seul point que la Cour avait à examiner dans l'affaire *Stor-thoaks*, précitée.

Dans l'arrêt *Eadie c. The Township of Brantford*, précité, le demandeur cherchait à recouvrer les sommes versées et le bien-fonds cédé à la municipalité défenderesse comme l'exigeait un règlement en vue d'obtenir l'approbation du lotissement que le demandeur cherchait à obtenir afin de compléter la vente de sa résidence. Après que le demandeur eut payé la somme et cédé à la municipalité défenderesse le droit de façade requis sur son terrain, le règlement en question a été annulé par une cour à l'issue d'une poursuite à laquelle le demandeur n'était pas partie. S'exprimant au nom de la majorité en cette Cour, le juge Spence a conclu que le demandeur s'était départi de la somme et du bien-fonds par suite d'une erreur de droit commune, et d'ajouter:

[TRADUCTION] Il est, évidemment reconnu qu'une somme d'argent payée en raison d'une erreur de droit commune ne peut être recouvrée. Toutefois, ce principe comporte plusieurs exceptions bien établies.

Le fondement de l'exception invoquée dans l'arrêt *Eadie*, précité, a été tiré de l'arrêt *Maskell v. Horner*, [1915] 3 K.B. 106, qui ne porte pas sur une erreur de fait ou de droit mais sur un paiement involontaire fait sous contrainte dans des circonstances où le demandeur a clairement indiqué au moment du paiement qu'il n'abandonnait pas son droit au recouvrement des sommes ainsi versées. Lord Reading a conclu que le demandeur n'avait pas le droit de recouvrer les sommes ainsi payées même s'il s'agissait d'une erreur de fait (pp. 117 et 118). Le recouvrement a toutefois été accordé en vertu du principe applicable aux paiements faits sous contrainte. Lord Reading affirme, à la p. 118:

[TRADUCTION] Si une personne au courant des faits paie une somme qu'elle n'est pas légalement tenue de

stances implying that he is paying it voluntarily to close the transaction, he cannot recover it. Such a payment is in law like a gift, and the transaction cannot be reopened. If a person pays money, which he is not bound to pay, under the compulsion of urgent and pressing necessity or of seizure, actual or threatened, of his goods he can recover it as money had and received.

In *Halsbury*, 4th ed., vol. 9, p. 453, para. 664 it is noted that compulsion may be “‘practical’ as well as ‘actual legal’ compulsion”.

Spence J. also noted that Kerwin J. (as he then was) allowed recovery of moneys paid under “practical compulsion” in *Knutson v. The Bourkes Syndicate and Others* [1941] S.C.R. 419 at p. 425; *vide* also *The Municipality of the City and County of St. John et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation, et al.*, [1958] S.C.R. 263 at p. 282. No element of mistake was present in either case.

Spence J. concluded that Eadie need only show practical compulsion in order to recover. He said at p. 582:

It was submitted by counsel for the respondent that in order to justify the plaintiff demanding repayment of money paid under mutual mistake in law upon the basis that he was under compulsion to do so, the plaintiff must have been faced with a situation where there was no other alternative available to him. I am of the opinion that the bar to the plaintiff's recovery is not so stringent and that a practical compulsion is alone necessary.

As will be seen below, I interpret the concluding sentence as referring only to the principle of law applicable to the payment of moneys under compulsion. The claimant there made the payment and transfer of property in order to complete a necessary sale before the buyer withdrew and this Court found that practical compulsion was present. Spence J. concluded that the plaintiff was entitled to recovery of the money “paid under compulsion and in mutual mistake of law” (p. 583). In my view, the presence of mistake of law in the parties to the transaction was superfluous as the entitlement to recovery arose on the finding of payment

payer et dans des circonstances qui laissent supposer qu'elle la paie volontairement pour compléter une opération, elle ne peut la recouvrer. En droit, un tel paiement équivaut à un don et l'opération ne peut être révisée. Si une personne paie une somme qu'elle n'est pas tenue de payer, sous la contrainte d'une nécessité urgente ou d'une saisie, réelle ou appréhendée, de ses biens, elle peut la recouvrer à titre d'enrichissement sans cause.

Dans *Halsbury*, 4<sup>e</sup> éd, vol. 9, p. 453, au par. 664, on fait remarquer que la contrainte peut être [TRADUCTION] «la contrainte «de fait» aussi bien que «légalé réelle»».

Le juge Spence a aussi fait remarquer que le juge Kerwin (alors juge puîné) a accordé le recouvrement de sommes versées sous «contrainte de fait» dans l'arrêt *Knutson c. The Bourkes Syndicate and Others*, [1941] R.C.S. 419, à la p. 425; voir aussi *The Municipality of the City and County of St. John et al. c. Fraser-Brace Overseas Corporation, et al.*, [1958] R.C.S. 263, à la p. 282. Aucun élément d'erreur n'était présent dans ces affaires.

Le juge Spence a conclu qu'Eadie n'avait qu'à établir la contrainte de fait pour avoir droit au recouvrement. Il dit, à la p. 582:

[TRADUCTION] L'avocat de l'intimée a fait valoir que pour qu'il soit justifié de demander le remboursement de la somme payée en raison d'une erreur de droit commune pour le motif qu'il était forcé de la payer, le demandeur doit s'être trouvé dans une situation où aucune autre solution n'était possible. Je suis d'avis que ce qui fait obstacle au droit de recouvrement du demandeur n'est pas aussi strict et qu'une contrainte de fait est seule nécessaire.

Comme on le verra plus loin, j'interprète la dernière phrase comme si elle se rapportait seulement au principe de droit applicable au paiement de sommes fait sous contrainte. Dans cette affaire, le demandeur a effectué le paiement et le transfert de propriété en vue de compléter une vente nécessaire avant que l'acheteur ne se retire et cette Cour a conclu qu'il y avait contrainte de fait. Le juge Spence a conclu que le demandeur avait le droit de recouvrer la somme [TRADUCTION] «payée sous contrainte et en raison d'une erreur de droit commune» (p. 583). A mon avis, la présence d'une erreur de droit chez les parties était superflue

under practical compulsion. The authorities relied on by the majority are all to this effect and are in accord with the older cases concerned with illegal transactions and payments under compulsion. It should be noted as well that Ritchie J. dissented on the grounds that *Maskell v. Horner, supra*, was not a case of payment under mistake of law; and that on the facts the money in *Eadie, supra*, was paid voluntarily under an agreement. Judson J. also dissented on the basis that the moneys had been paid and the property transferred under an agreement freely entered into and hence were unrecoverable. On the facts of the case, it is clear that the majority were proceeding on the basis that the elements of mistake of law and involuntary payment were both present. The remedy of recovery is clearly available when the latter alone is present. As we have seen, these separate doctrines have frequently been discussed in the same judgment and indeed there may have been a tendency at times to mingle the remedy of the one with the principle of the other.

A similar intermingling of the application of the rules concerning recovery of moneys paid under an illegal contract and the recovery of moneys paid under mutual mistake of law is well illustrated in *Harse v. Pearl Life Assurance Company*, [1904] 1 K.B. 558. The general rule that recovery of past payment and collection of future payments are alike barred is subject to no exception in the latter case, and in the former case only in the presence of "fraud, duress, or oppression, or difference in the position of the parties which created a fiduciary relationship to the plaintiff so as to make it inequitable for the defendants to insist on the bargain that they had made with the plaintiff, . . ." (per Collins M.R., at p. 563). Romer L.J., at p. 564 applies the same tests to determine entitlement to recovery of moneys paid under an illegal contract and categorizes these tests as the means of determining that the parties to the illegal transaction were or were not "*in pari delicto*". On the facts, the policies of insurance were contrary to statute and hence were void and illegal. The agent of the

puisque le droit au recouvrement découlait de la conclusion que le paiement était le résultat d'une contrainte de fait. La jurisprudence sur laquelle s'appuie la majorité est entièrement en ce sens et est conforme aux arrêts plus anciens portant sur les opérations illégales et les paiements faits sous contrainte. Il faut remarquer en outre que le juge Ritchie était dissident pour le motif que l'arrêt *Maskell v. Horner*, précité, ne portait pas sur un paiement dû à une erreur de droit et qu'en fait, la somme en cause dans l'arrêt *Eadie*, précité, avait été payée volontairement en vertu d'un contrat. Le juge Judson était aussi dissident pour le motif que la somme avait été payée et la propriété transférée en vertu d'un contrat conclu librement et qu'il était ainsi impossible de les recouvrer. D'après les faits en présence dans cette affaire, il est clair que la majorité a statué en fonction de la présence à la fois d'une erreur de droit et d'un paiement involontaire. Il est évident que le droit au recouvrement existe lorsque seul le dernier élément est présent. Comme nous l'avons vu, ces doctrines distinctes ont souvent été examinées dans un même arrêt et, en fait, on peut avoir été porté à l'occasion à confondre la solution de l'une avec le principe de l'autre.

L'arrêt *Harse v. Pearl Life Assurance Company*, [1904] 1 K.B. 558 illustre bien une confusion semblable de l'application des règles relatives au recouvrement des sommes payées en vertu d'un contrat illégal et au recouvrement des sommes payées en raison d'une erreur de droit commune. La règle générale portant que le recouvrement d'un paiement antérieur et la perception de futurs paiements sont également interdits n'est assujettie à aucune exception dans le dernier cas, et dans le premier cas uniquement lorsqu'il y a [TRADUCTION] «fraude, violence ou oppression, ou différence dans la situation des parties qui a engendré des rapports de confiance avec le demandeur de sorte qu'il est injuste, pour les défendeurs, d'insister sur le marché conclu avec le demandeur . . . » (le maître des rôles Collins, à la p. 563). A la page 564, le lord juge Romer applique les mêmes critères pour déterminer le droit au recouvrement des sommes payées en vertu d'un contrat illégal et qualifie ces critères de moyens d'établir si les parties à l'opération illégale étaient ou non «parties

insurer had misled the policyholder as to his insurable interest but nevertheless the parties were held to be “*in pari delicto*”, and the premiums paid under the policy could not be recovered. The insurer, of course, was at no time at risk in law although in receipt of premiums for coverage. That the parties were mistaken as to what in law was an insurable risk is clear, but recovery was not granted on the basis of mistake.

Mistake of law “without more” and without “something more in addition” (in the words of Lord Denning in *Kiriri, supra*, at p. 204) may be an allusion to the need to find compulsion or illegality to introduce a right of recovery on the happening of mutual mistake of law. In compulsion, recovery is allowed as the payment is not made voluntarily and there is no reason to suppose, only because of the fact of payment, that the plaintiff had surrendered his right to recover his moneys paid under practical compulsion. In the case of illegal transactions, the concept of *in pari delicto* is introduced to determine entitlement to recovery. In the absence of either of these elements, the “something more in addition to a mistake of law”, *supra*, is missing, and the rule applicable on mutual mistake of law operates to deny recovery.

The law applicable to the transaction in this appeal is not that applicable to the recovery of payments made under duress or to the recovery of moneys paid under an illegal transaction, but rather the law applicable to the recovery of moneys paid under mutual mistake of law occurring in the absence of either of the other two elements. Hence the rules for recovery applicable with respect to illegality and compulsion are not relevant. In such circumstances the exemptions relating to illegal transactions are not operable. The principle of mistake of law thus bars recovery of the moneys paid by the appellant.

à un acte illégal». D'après les faits, les polices d'assurance étaient contraires à la loi et, partant, nulles et illégales. Le représentant de l'assureur avait induit en erreur le titulaire de la police quant à son intérêt assurable, mais on a néanmoins conclu que les parties étaient «parties à un acte illégal» et qu'il n'était pas possible de recouvrer les primes versées conformément à la police. Evidemment, l'assureur n'assumait, sur le plan légal, aucun risque même s'il touchait les primes d'assurance. Il est clair que les parties se sont fourvoyées sur ce qu'était en droit un risque assurable, mais on n'a pas permis un recouvrement fondé sur l'erreur.

L'erreur de droit [TRADUCTION] «sans plus» (selon les termes de lord Denning dans l'arrêt *Kiriri*, précité, à la p. 204) peut faire allusion à la nécessité de conclure à l'existence de contrainte ou à l'illégalité pour donner droit au recouvrement quand il y a erreur de droit commune. Lorsqu'il y a contrainte, le recouvrement est permis puisque le paiement n'est pas volontaire et il n'y a aucune raison de présumer, simplement parce qu'il y a eu paiement, que le demandeur a abandonné son droit de recouvrer les sommes qu'il a payées par suite d'une contrainte de fait. Dans le cas d'une opération illégale, on applique le concept des parties à un acte illégal pour décider du droit au recouvrement. En l'absence de l'un ou l'autre de ces éléments, la condition «s'il y a plus qu'une erreur de droit» fait défaut et la règle relative à l'erreur de droit commune s'applique pour refuser le recouvrement.

Le droit applicable à l'opération en l'espèce est non pas celui qui s'applique au recouvrement de paiements effectués sous contrainte ou au recouvrement de sommes payées aux termes d'une opération illégale, mais plutôt le droit qui s'applique au recouvrement de sommes versées en raison d'une erreur de droit commune qui s'est produite en l'absence de l'un ou l'autre des deux autres éléments. Ainsi les règles du recouvrement qui s'appliquent dans le cas de l'illégalité et de la contrainte ne sont pas pertinentes. Dans ces circonstances, les exceptions relatives aux opérations illégales sont inapplicables. Le principe de l'erreur de droit empêche donc le recouvrement des sommes versées par l'appellante.

These authorities, both old and current, relating to the situation where mistake of law alone is present, are founded, in my respectful view, on good sense and practicality. Certainty in commerce and in public transactions such as we have here is an essential element of the well-being of the community. The narrower rule applicable to mistake of law as compared to that applicable to mistake of fact springs from the need for this security and the consequential freedom from disruptive undoing of past concluded transactions. Mistake of fact is, of course, limited to the parties and has no *in rem* consequences; hence the more generous view. In any event, nothing has been brought to light in the review of the law by the parties on this appeal to indicate any basis for the merging of the principles applicable to the categories of mistake, and indeed the wisdom embodied in the authorities augurs for the maintenance of this ancient distinction.

Since writing the foregoing I have had the opportunity of reading the reasons of my colleague Dickson J. The thrust of the appellant's submission was centred on the question as to whether the parties to the mistake of law were *in pari delicto*. Unjust enrichment is mentioned in its factum only with reference to the argument that the appellant and the respondent were not *in pari delicto*. In the course of argument the appellant, in response to a question from the Court, stated that it was not urging and not founding its appeal on the abolition of the distinction in law between mistake of fact and mistake of law. Indeed, the rule was accepted, and the application sought in the appellant's argument was that said to have been followed by this Court in *Eadie v. The Township of Brantford*, *supra*. Accordingly my considerations have been confined to the operation of the doctrine of mistake of law as argued.

This course may well have been taken by both counsel because of the nature of the statutes (concerned with the generation and distribution of electricity to the inhabitants throughout the province, at cost) and the nature of the contending bodies. Each party is a public body 'owned' by the

A mon avis, la jurisprudence, tant ancienne que contemporaine, relative aux cas où seule l'erreur de droit est présente, se fonde sur le bon sens et des considérations pratiques. En matière de commerce et d'affaires publiques comme c'est le cas en l'espèce, la certitude est un élément essentiel du bien-être de la collectivité. Si on la compare à la règle applicable à l'erreur de fait, la règle plus stricte applicable à l'erreur de droit émane du besoin de cette sécurité et de l'assurance qui s'ensuit qu'il n'y aura pas de rupture intempestive d'opérations conclues antérieurement. L'erreur de fait se restreint, bien sûr, aux parties et n'a pas de conséquences *in rem*; on est donc plus libéral à son égard. En tout état de cause, les parties en l'espèce n'ont fait ressortir, dans leur analyse du droit, aucun argument justifiant le fusionnement des principes applicables aux catégories d'erreurs et, en fait, la sagesse inhérente à la jurisprudence plaide en faveur du maintien de cette vieille distinction.

Depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai eu l'occasion de lire les motifs de mon collègue le juge Dickson. L'argument principal de l'appelante portait sur la question de savoir si les parties à l'erreur de droit étaient parties à un acte illégal. L'enrichissement illégitime n'est mentionné dans son mémoire qu'en ce qui a trait à l'argument selon lequel l'appelante et l'intimée ne sont pas parties à un acte illégal. Au cours des plaidoiries, l'appelante a déclaré, en réponse à une question de la Cour, qu'elle ne fondait pas son appel sur l'abolition de la distinction en droit entre l'erreur de fait et l'erreur de droit et qu'elle ne réclamait pas cette abolition dans son appel. En fait, la règle était acceptée et, dans son argument, l'appelante cherchait à faire appliquer la règle de la même manière que, selon elle, cette Cour l'a fait dans l'arrêt *Eadie c. The Township of Brantford*, précité. En conséquence, mes motifs se limitent à l'application de la doctrine de l'erreur de droit telle qu'elle a été plaidée.

Cette façon de procéder peut bien avoir été adoptée par les avocats des deux parties en raison de la nature des textes législatifs (qui visent la production et la distribution, au prix coûtant, de l'électricité aux habitants de la province) et de celle des organismes en présence. Les deux parties

people of the province in the one case and by the Township in the other (the latter, of course, participate in each organization). Neither has the authority to 'accumulate' surplus assets or resources. The concept of unjust enrichment is not easily associated with these relationships.

I therefore would dismiss this appeal with costs. As we have treated the notice to vary as a cross-appeal, I would likewise dismiss the cross-appeal with costs.

*Appeal and notice to vary (cross-appeal) dismissed with costs, LASKIN C. J. and DICKSON J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

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

sont un organisme public «qui appartient» aux citoyens de la province dans un cas et à un canton dans l'autre cas (dont les habitants, dans ce dernier cas, participent évidemment aux deux organismes). Aucune n'a le pouvoir d'«accumuler» des surplus d'actifs ou de ressources. Le concept de l'enrichissement illégitime ne peut être facilement associé à ces rapports.

Je suis en conséquence d'avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens. Puisque nous avons considéré l'avis de modification comme un pourvoi incident, je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens.

*Pourvoi et pourvoi incident (avis de modification) rejetés avec dépens, le juge en chef LASKIN et le juge DICKSON sont dissidents:*

*Procureurs de l'appelante: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

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

**IN THE MATTER of an Application pursuant to Section 43 of the *Canada Evidence Act***

**AND IN THE MATTER of a Request for International Judicial Assistance from the United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division, by way of Letters Rogatory**

**The District Court of the United States, Middle District of Florida *Appellant*;**

and

**Royal American Shows, Inc., Carl J. Sedlmayr, Jr., Vivian Phillips, Esther Phillips, Mark Popovich, Nina Popovich, Frank J. Russell and Peter Andrews *Respondents*;**

**AND IN THE MATTER of an Application pursuant to the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, Part II, Section 43;**

**AND IN THE MATTER of a Request for International Judicial Assistance from the United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division, by way of Letters Rogatory dated February 25, 1981;**

**The United States of America *Applicant*;**

and

**Royal American Shows, Inc., Carl J. Sedlmayr, Jr., Vivian Phillips, Esther Phillips, Mark Popovich, Nina Popovich, Frank J. Russell and Peter Andrews *Respondents*.**

File Nos.: 16497 and 16604.

1982: January 27; 1982: March 18.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA**

*Evidence — Letters rogatory — U.S. tax case — Production of documentary evidence in Canada — Documentary evidence not ancillary to viva voce tes-*

**DANS L'AFFAIRE d'une requête présentée conformément à l'article 43 de la *Loi sur la preuve au Canada***

**<sup>a</sup> ET DANS L'AFFAIRE d'une demande d'assistance judiciaire internationale faite par voie de commission rogatoire par la United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division**

**<sup>b</sup> The District Court of the United States, Middle District of Florida *Appelante*;**

et

**<sup>c</sup> Royal American Shows, Inc., Carl J. Sedlmayr, Jr., Vivian Phillips, Esther Phillips, Mark Popovich, Nina Popovich, Frank J. Russell et Peter Andrews *Intimés*;**

**<sup>d</sup> DANS L'AFFAIRE d'une requête présentée conformément à la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, Partie II, article 43;**

**<sup>e</sup> ET DANS L'AFFAIRE d'une demande d'assistance judiciaire internationale faite par la United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division, par voie de commission rogatoire en date du 25 février 1981;**

**<sup>f</sup> Les États-Unis d'Amérique *Requérant*;**

et

**<sup>g</sup> Royal American Shows, Inc., Carl J. Sedlmayr, Jr., Vivian Phillips, Esther Phillips, Mark Popovich, Nina Popovich, Frank J. Russell et Peter Andrews *Intimés*.**

**<sup>h</sup>**

N<sup>os</sup> du greffe: 16497 et 16604.

1982: 27 janvier; 1982: 18 mars.

**<sup>i</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Estey et McIntyre.**

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

*Preuve — Commission rogatoire — Impôts américains — Production d'une preuve écrite au Canada — Preuve écrite non accessoire à un témoignage oral — La*



*timony — Whether or not documentary evidence alone subject to s. 43 of the Canada Evidence Act — Admissibility of illegally obtained telephone taps in s. 43 hearing — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 43, 47 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.2, 178.16, 446.*

The Alberta Supreme Court responded favourably to letters rogatory seeking assistance for the production of documents and recordings of telephone interceptions for use in a U.S. trial dealing with criminal tax evasion. The persons holding the subject material were directed to appear before a Commissioner. Both the hearing under s. 43 of the *Canada Evidence Act* and the production of the materials before the Commissioner were to be deferred until the conclusion of a series of proceedings and appeals relating to material seized by the Minister of National Revenue. The Alberta Court of Appeal found s. 43 of the *Canada Evidence Act* inapplicable. Appellant appealed that judgment and, as applicant, addressed fresh letters rogatory to this Court in its capacity of court of original jurisdiction in this regard. However, in the result it became unnecessary to consider this original application to the Supreme Court.

*Held:* The appeal should be allowed.

Section 43 of the *Canada Evidence Act* should be given a broad, liberal construction in the interests of comity. That section, providing concurrently or separately for *viva voce* testimony and for testimony by way of documentary evidence, is wide enough to support this request for documents alone. Judicially established guidelines prescribing the limits of comity were met—excluding the tapes of illegally intercepted telephone calls. The evidence was required for trial, not discovery; relevancy was a matter for the commissioner taking the evidence and/or for the U.S. court to determine; the scope of the inquiry was within Alberta law; and, the material requested was adequately defined. The contents of illegally tapped telephone calls were admissible at the s. 43 hearing only as against the other accused in order not to prejudice the illegally tapped couple as defendants in the U.S. proceedings. Section 178.16(3.1) of the *Criminal Code* enlarging the admissibility of intercepted private communications was not eroded in these circumstances.

*preuve écrite est-elle seule assujettie à l'art. 43 de la Loi sur la preuve au Canada — Recevabilité, lors d'une audition en vertu de l'art. 43, de conversations téléphoniques interceptées illégalement — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 43, 47 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.2, 178.16, 446.*

La Cour suprême de l'Alberta a accueilli une commission rogatoire visant à obtenir de l'assistance afin de produire des documents et des enregistrements de conversations téléphoniques qui seront utilisés aux États-Unis dans une poursuite pour évasion fiscale. Les personnes en possession de ces documents et enregistrements ont reçu l'ordre de comparaître devant un commissaire. L'audition en vertu de l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* et la production des documents et enregistrements devant le commissaire ont été suspendues jusqu'à l'issue d'une série de procédures et d'appels concernant les documents saisis par le ministère du Revenu national. La Cour d'appel de l'Alberta a décidé que l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'appliquait pas. L'appellante a formé appel contre cet arrêt et, à titre de requérante, a adressé une nouvelle commission rogatoire à cette Cour en sa qualité de tribunal de première instance en la matière. Cependant, en définitive, il n'a pas été nécessaire d'examiner cette requête présentée à la Cour suprême en première instance.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Aux fins de la courtoisie, il convient d'interpréter de façon large et libérale l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cet article, qui permet d'obtenir simultanément ou séparément un témoignage oral et un témoignage par preuve écrite, est suffisamment général pour soutenir cette requête visant la production de documents seulement. Mis à part les enregistrements des conversations téléphoniques interceptées illégalement, on a respecté les directives judiciaires qui prescrivent les limites de la courtoisie. La preuve est requise aux fins d'un procès et non d'un interrogatoire préalable; la question de la pertinence relève du commissaire qui reçoit la preuve ou de la cour américaine, ou des deux à la fois; l'enquête est d'une portée permise par la loi en vigueur en Alberta et les documents demandés sont suffisamment décrits. Le contenu des conversations téléphoniques interceptées illégalement est recevable dans une audition en vertu de l'art. 43 uniquement à l'encontre des autres accusés afin de ne pas causer un préjudice au couple dont les conversations ont été interceptées illégalement, en qualité de défendeurs dans des procédures américaines. Dans ces circonstances, l'application du par. 178.16(3.1) du *Code criminel* qui élargit la recevabilité des communications privées interceptées n'a pas été minée.

Judicial assistance, despite arguments opposing it, should be granted. The Alberta Court had jurisdiction; its rules provided for the extra-territorial application of its orders and the federal department holding evidence in Regina had assured co-operation. As only criminal charges were involved in the application, there could be no question of collecting a foreign country's taxes. Arguments based on s. 446 of the *Criminal Code*, dealing with the retention and disposition of seized material, were eclipsed by procedural developments in this case.

*Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392 applied; *Penn-Texas Corporation v. Murat Anstalt and Others (No. 2)*, [1964] 2 All E.R. 594; *Medical Ancillary Services et al. v. Sperry Rand Corporation* (1979), 23 O.R. (2d) 406; *Burchard v. Macfarlane*, [1891] 2 Q.B. 241; *Radio Corporation of America v. Rauland Corporation*, [1956] 1 All E.R. 549, reversing [1956] 1 All E.R. 260; *Penn-Texas Corporation v. Anstalt and Others (No. 1)*, [1963] 1 All E.R. 258; *Panthalu v. Ramnord Research Laboratories, Ltd.*, [1965] 2 All E.R. 921; *American Express Warehousing, Ltd. v. Doe and Others*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 222, considered.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, (1981), 26 A.R. 136, setting aside an order of Miller J. who responded favourably to letters rogatory issued by Magistrate Game of the United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division. Appeal allowed.

*B. A. Crane, Q.C.*, and *Henry S. Brown*, for the appellant.

*A. G. Macdonald, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal, by leave, from a judgment of the Alberta Court of Appeal setting aside an order of Miller J. who responded favourably to letters rogatory issued by Magistrate Game of the United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division. In brief, the letters rogatory sought the assistance of Canadian courts, pursuant to s. 43 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, to secure the production of certain documents and recordings of telephone interceptions, either in original form or by way of certified copies, for use

Malgré les arguments présentés à son encontre, il y a lieu d'accueillir la demande d'assistance judiciaire. La cour albertaine a compétence; ses règles de pratique permettent l'application extra-territoriale de ses ordonnances et le ministère fédéral qui a des éléments de preuve en sa possession a assuré la cour de sa collaboration. Comme la requête se rapporte uniquement à des accusations criminelles, il n'est pas question de percevoir les impôts d'un pays étranger. Les procédures qui se sont déroulées en l'espèce ont éclipsé les arguments fondés sur l'art. 446 du *Code criminel* qui traite de la rétention et de la disposition des choses saisies.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; arrêts examinés: *Penn-Texas Corporation v. Murat Anstalt and Others (No. 2)*, [1964] 2 All E.R. 594; *Medical Ancillary Services et al. v. Sperry Rand Corporation* (1979), 23 O.R. (2d) 406; *Burchard v. Macfarlane*, [1891] 2 Q.B. 241; *Radio Corporation of America v. Rauland Corporation*, [1956] 1 All E.R. 549, infirmant [1956] 1 All E.R. 260; *Penn-Texas Corporation v. Anstalt and Others (No. 1)*, [1963] 1 All E.R. 258; *Panthalu v. Ramnord Research Laboratories, Ltd.*, [1965] 2 All E.R. 921; *American Express Warehousing, Ltd. v. Doe and Others*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 222.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, (1981), 26 A.R. 136, qui a annulé une ordonnance du juge Miller qui avait accueilli la commission rogatoire délivrée par le juge Game de la United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division. Pourvoi accueilli.

*B. A. Crane, c.r.*, et *Henry S. Brown*, pour l'appelante.

*A. G. Macdonald, c.r.*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi, autorisé par la Cour, vise un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a annulé une ordonnance du juge Miller qui avait accueilli la commission rogatoire délivrée par le juge Game de la United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division. En bref, la commission rogatoire visait à obtenir l'assistance des tribunaux canadiens, conformément à l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, afin de produire, dans leur forme originale ou au moyen de copies certifiées conformes, certains documents et enregistrements

in a trial in the requesting court of charges of criminal evasion of income tax by a number of American citizens then within the jurisdiction of that court.

Miller J., in lengthy reasons delivered on September 13, 1979 and to which I will refer in due course, made an order for production of certified copies by the persons having physical control of the material who were, under his formal order of November 28, 1979, directed to appear before former Justice Neil Primrose, appointed as a Commissioner, for examination pursuant to s. 44 of the *Canada Evidence Act*. The lapse of time between the delivery of the reasons and the issue of the formal order occurred because of the acceptance by the United States Court of Miller J.'s invitation to add additional exhibits to the letters rogatory. In the result, additional letters rogatory were issued which had as exhibits detailed schedules listing other documents whose production was requested. The list, I should note, contained documents requested by the defendants.

Although the formal order included documents in the supplementary request for judicial assistance, the documents principally in issue were those identified as contained in Exhibits 1(a), 1(b), 1(c), 1(d) and Exhibit 2. These were documents which were seized by the police in carrying out an investigation into the affairs of the Royal American Shows, Inc. operators of a midway and carnival in Western Canada and in the United States. The individual respondents against whom criminal proceedings were on foot in Florida, were all associated with the operations of the Royal American Shows, Inc.

Some of the documents seized by the police were in turn taken from them by members of the Department of National Revenue under the *Income Tax Act* and brought to its offices in Regina. Some of these were returned to Edmonton for use in connection with conspiracy charges in Alberta which the provincial Attorney General

de conversations téléphoniques interceptées qui seront utilisés, devant la cour qui en fait la demande, dans un procès relatif à des accusations d'évasion fiscale portées contre un certain nombre de citoyens américains dans le ressort de cette cour.

Dans de longs motifs rendus le 13 septembre 1979 et auxquels je reviendrai en temps utile, le juge Miller a ordonné la production de copies certifiées par les personnes qui en ont la possession ou la garde et qui, en vertu du dispositif de son ordonnance du 28 novembre 1979, devaient comparaître devant l'ex-juge Neil Primrose, nommé commissaire, pour être interrogées conformément à l'art. 44 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'intervalle entre la date à laquelle les motifs ont été rendus et celle du dispositif de l'ordonnance provient de ce que la cour américaine a cédé aux instances du juge Miller qui souhaitait assortir la commission rogatoire de pièces supplémentaires. En définitive, une commission rogatoire supplémentaire a été délivrée et elle comportait, à titre de pièces, des annexes détaillées contenant une liste d'autres documents dont la production était demandée. Je dois faire remarquer que cette liste comportait des documents demandés par les défendeurs.

Bien que le dispositif de l'ordonnance fasse état de documents énumérés dans la demande complémentaire d'assistance judiciaire, les documents principalement en litige sont ceux qui figurent aux pièces 1(a), 1(b), 1(c), 1(d) et à la pièce 2. Il s'agit de documents qui ont été saisis par la police au cours d'une enquête concernant Royal American Shows, Inc. qui exploite des divertissements forains dans l'Ouest canadien et aux États-Unis. Chaque intimée contre qui des poursuites criminelles ont été intentées en Floride est associée aux activités de Royal American Shows, Inc.

Certains des documents saisis par la police lui ont été repris par des agents du ministère du Revenu national conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et ont été apportés au bureau de ce ministère à Regina. Quelques-uns ont été retournés à Edmonton pour être utilisés relativement à des accusations de conspiration portées par le pro-

brought. Before going on with them, however, he established a public inquiry under Justice Laycraft and many documents among those originally seized were entered as exhibits in that inquiry. Tape recordings of certain intercepted conversations were also produced in the Laycraft inquiry. As a result of the inquiry, the conspiracy charges were stayed. The stay was followed by an application before Provincial Court Judge Rolf to determine who was entitled to the seized material. Judge Rolf held that the Minister of National Revenue could not lawfully retain the material it had taken by what was an illegal seizure and ordered its return to Royal American Shows, Inc. and to certain concessionaires. An appeal taken from this ruling was pending when Miller J. handed down his reasons.

In the meantime, a consent order was made that all persons having custody of any seized material would keep it safe pending the appeal. The record showed that some of the material was in the hands of the Edmonton City Police, some in the hands of the Department of National Revenue in Regina, some in the possession of the Alberta Court of Queen's Bench and some (the Laycraft inquiry exhibits) in the possession of the clerk of the Alberta Legislature.

In his reasons, and again in his formal order, Miller J. directed that the hearing under s. 43 of the *Canada Evidence Act* be deferred until judicial proceedings and appeals relating to the seized material were concluded and that production of the original materials before the Commissioner be likewise deferred until that time.

#### The Judgment of the Alberta Court of Appeal

The Alberta Court of Appeal, speaking through Lieberman J.A., took only one point in setting aside the order of Miller J. It held that a request by the United States District Court for the production of documents only did not come within s. 43 of the *Canada Evidence Act*. Unless the request for judicial assistance related to the examination of a witness or party, who might then be ordered

cureur général de l'Alberta. Avant de poursuivre ces accusations, cependant, il a institué une enquête publique présidée par le juge Laycraft et un bon nombre de documents parmi ceux saisis à l'origine ont été produits comme pièces à conviction au cours de cette enquête. Des enregistrements de certaines conversations interceptées ont aussi été produits à l'enquête Laycraft. Par suite de l'enquête, les accusations de conspiration ont été suspendues. La suspension a été suivie d'une demande faite au juge Rolf de la Cour provinciale en vue d'établir qui avait droit aux documents saisis. Le juge Rolf a décidé que le ministre du Revenu national ne pouvait légalement conserver les documents qu'il avait obtenus au moyen d'une saisie illégale et il en a ordonné la remise à Royal American Shows, Inc. et à certains concessionnaires. Cette décision faisait l'objet d'un appel au moment où le juge Miller a rendu ses motifs.

Entre temps, une ordonnance a été rendue, avec le consentement des parties, enjoignant à toutes les personnes qui ont la garde d'un document saisi de le mettre en lieu sûr en attendant l'issue de l'appel. Le dossier indiquait que des documents étaient en la possession de la police de la ville d'Edmonton, du ministère du Revenu national à Regina, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et d'autres (les pièces de l'enquête Laycraft), en la possession du greffier de la Législature de l'Alberta.

Dans ses motifs et dans le dispositif de son ordonnance, le juge Miller a ordonné que l'interrogatoire en vertu de l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* soit retardé jusqu'à ce que les procédures judiciaires et les appels concernant les documents saisis soient terminés, et que la production des documents originaux devant le commissaire soit également ainsi retardée.

#### L'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta

La Cour d'appel de l'Alberta, dans un jugement prononcé par le juge Lieberman, n'a examiné qu'un seul point pour infirmer l'ordonnance du juge Miller. Elle a décidé que la requête de la United States District Court visant à obtenir la production de documents seulement n'est pas recevable en vertu de l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada*. A moins que la demande d'assistance

to produce documents, a request merely for production of documents could not be the subject of an order under s. 43.

I do not agree with this view of s. 43 for reasons to which I will come. Following the judgment of the Court of Appeal, fresh letters rogatory were addressed to the original jurisdiction of this Court (the only original jurisdiction remaining to us, apart from references by the Governor in Council) in which examination of witnesses was sought and as well the production of documents. Counsel for the applicant, being also the appellant here in respect of proceedings in the Alberta courts, indicated that if he succeeded in the appeal he would not pursue the original application here. Of course, this Court heard argument from both sides on the original application but since, in my opinion, the appeal should succeed, I would either give leave to withdraw the application without costs or I would quash it without costs.

An Order for Production of Documents under  
Section 43

Letters rogatory engage s. 43 of the *Canada Evidence Act* which reads as follows:

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

judiciaire ne vise l'interrogatoire d'un témoin ou d'une partie, à qui on pourrait alors demander de produire des documents, une requête visant simplement la production de documents ne peut faire  
a l'objet d'un ordre en vertu de l'art. 43.

Pour des motifs que j'énoncerai plus loin, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de l'art. 43. A la suite du jugement de la Cour d'appel, une nouvelle commission rogatoire a été adressée à cette Cour en première instance (la seule compétence de première instance qui nous reste à part les renvois du gouverneur en conseil); on y demande la permission d'interroger des témoins et de produire des documents. L'avocat de la requérante, qui est aussi l'appelante en l'espèce relativement aux procédures devant les tribunaux de l'Alberta, a souligné que s'il avait gain de cause dans ce pourvoi, il retirerait la requête présentée en l'espèce. Bien entendu, la Cour a entendu les plaidoiries des deux parties à la requête mais comme, selon moi, le pourvoi doit être accueilli, je suis d'avis soit d'autoriser le retrait de la requête sans dépens, soit de l'annuler sans dépens.

L'ordre de produire des documents en vertu de  
l'article 43

f La commission rogatoire est prévue à l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui se lit comme suit:

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

The reasons of the Alberta Court of Appeal are founded upon an analysis of s. 43 which sees it composed of two limbs, the second dependent upon an order made under the first; or, to put the issue in other words, production must be ancillary to an order for examination of a witness or party to elicit oral evidence. Lieberman J.A. expressed himself as follows:

In my respectful view it is only necessary to deal with one question in this appeal. Can this Court acting pursuant to s. 43, *supra*, grant the request of the Florida Court which is a request for documents only?

An analysis of s. 43 discloses that it is composed of two limbs. Under the first limb the Court may make an order for the examination of a witness or party and under the second limb the Court may then by that order or by a subsequent order command the attendance of a party or witness for the purpose of being examined or for the production of documents. Clearly, the implementation of the second limb is dependent upon an order made under the first limb.

While I agree that the word testimony in s. 43 includes both oral evidence and documentary evidence (Radio Corporation of America v. Rauland and Another [1951] 1 Q.B. 618 and Re Radio Corporation of America v. Rauland et al. (1956), 5 D.L.R. (2d) 424), I am of the opinion that this does not affect the application of what I would term the two-limbed approach.

Once it is conceded, as the learned Justice of Appeal says, that the word "testimony" in s. 43 includes both oral evidence and documentary evidence, I do not see any compelling reasons for a two-limbed approach, an approach which he comes to through the use of the word "then" in the passage of his reasons above-quoted and which obviously relies upon the word "such" in s. 43. I read s. 43 differently and more broadly as providing concurrently or separately for *viva voce* testimony and for testimony by way of documentary evidence. The word "such" is merely a referent and not a restriction, once it is conceded that "testimony" includes both oral and documentary evidence. The section speaks of ordering examination upon oath upon interrogatories or otherwise "and by the same or any subsequent order may command the attendance of such party or witness for the purpose of being examined, and for the production of any writings or other documents".

Les motifs de la Cour d'appel de l'Alberta s'appuient sur une analyse de l'art. 43 selon laquelle il comporte deux volets, le second étant fonction d'un ordre décerné en vertu du premier; ou, en d'autres termes, la production des documents est accessoire à un ordre d'interroger un témoin ou une partie en vue d'obtenir une preuve orale. Le juge Lieberman s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] A mon avis, il est nécessaire d'examiner seulement une question dans cet appel. Cette Cour peut-elle en vertu de l'art. 43, précité, accueillir la requête de la cour de la Floride qui ne vise que la production de documents?

Une analyse de l'art. 43 révèle qu'il comporte deux volets. Dans le premier volet, la Cour peut ordonner l'interrogatoire d'un témoin ou d'une partie, et dans le second volet, la Cour peut ensuite par cet ordre ou par un ordre subséquent assigner une partie ou un témoin à comparaître pour rendre témoignage ou lui enjoindre de produire des documents. Il est évident que l'application du second volet est subordonnée à un ordre décerné en vertu du premier volet.

Tout en reconnaissant que le mot témoignage utilisé à l'art. 43 comprend à la fois la preuve orale et la preuve écrite (Radio Corporation of America v. Rauland and Another [1951] 1 Q.B. 618 et Re Radio Corporation of America v. Rauland et al. (1956), 5 D.L.R. (2d) 424), je suis d'avis que cela ne change rien à l'application de ce que j'appelle la procédure à deux volets.

Une fois admis, comme l'affirme le savant juge de la Cour d'appel, que le mot «témoignage» à l'art. 43 comprend à la fois la preuve orale et la preuve écrite, je ne vois rien qui justifie une procédure à deux volets qui provient de l'utilisation du mot «ensuite» dans le passage précité de ses motifs et qui se fonde clairement sur les mots «ce» et «cette» dans l'art. 43. J'interprète l'art. 43 de façon différente et plus largement et j'estime qu'il permet d'obtenir simultanément ou séparément un témoignage oral et un témoignage par preuve écrite. Les mots «ce» et «cette» ne sont que démonstratifs et non restrictifs, une fois qu'on admet que «témoignage» comprend la preuve orale ou écrite. Cet article parle d'ordonner l'interrogatoire sous serment, par questions écrites ou autrement et d'assigner, par le même ordre ou par un ordre subséquent, cette partie ou ce témoin à comparaître pour rendre témoignage, et lui enjoindre de produire tous écrits ou documents». (C'est moi qui

(The underlining of the word “same” is mine.) As this Court has indicated in *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, comity dictates that a liberal approach should be taken to requests for judicial assistance, so long at least as there is more than ephemeral anchorage in our legislation to support them. I am of the view that s. 43 is wide enough to support the request here for production of documents alone.

I say this because documents for use in criminal proceedings are not expected to walk into Court unescorted. Lord Denning in *Penn-Texas Corporation v. Murat Anstalt and Others (No. 2)*, [1964] 2 All E.R. 594, noted quite correctly, at p. 598, that when a *subpoena duces tecum* is issued to an individual, he was originally sworn even though only called to produce documents. Later, to overcome subjecting him to cross-examination on the case at large when his only role was the formal one of producing the documents and saying that he had custody of them and how he came by them, a witness called only to produce documents did not have to be sworn and could not be cross-examined at large but he could be sworn if any issue arose as to his custody and for that limited purpose only.

I am not concerned here with the procedural question whether the person called only to produce documents need be sworn. (In Canada, the rule is that he is sworn.) The Alberta Court of Appeal said that Lord Denning’s observations on the *subpoena duces tecum* favoured the right to issue letters rogatory calling only for the production of documents, but then said that he qualified his views by certain concluding words, as follows:

... provided always that the documents are required for the purposes of the trial, as ancillary to the examination of a witness, ...

The Court of Appeal ended this quotation too soon because it continues with these added words:

souligne le mot «même».) Comme l’a souligné cette Cour dans l’arrêt *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, la courtoisie exige qu’on envisage de façon libérale les demandes d’assistance judiciaire, à condition toutefois qu’on leur trouve dans nos lois un point d’ancrage solide. Je suis d’avis que l’art. 43 est suffisamment général pour soutenir la requête présentée en l’espèce pour la production de documents seulement.

Je dis cela parce qu’on ne peut s’attendre à ce que les documents qui doivent être utilisés dans des procédures criminelles se présentent eux-mêmes devant la cour. Dans l’arrêt *Penn-Texas Corporation v. Murat Anstalt and Others (No. 2)*, [1964] 2 All E.R. 594, lord Denning a fait très justement remarquer, à la p. 598, que lorsqu’un *subpoena duces tecum* est adressé à une personne, celle-ci devait à l’origine être assermentée même si elle était citée uniquement pour produire des documents. Plus tard, pour éviter qu’elle ait à subir un contre-interrogatoire sur l’ensemble de l’affaire alors que son rôle se limitait strictement à produire les documents et à dire qu’elle en avait la garde et comment elle l’avait obtenue, une personne citée uniquement pour produire des documents n’avait pas à être assermentée et ne pouvait être assujettie à un contre-interrogatoire général, mais elle pouvait être assermentée s’il se posait une question quant à la garde des documents et ce, uniquement à cette fin.

Je n’ai pas à examiner en l’espèce la question de procédure, savoir s’il est nécessaire d’assermenter la personne citée uniquement pour produire des documents. (Au Canada, il est de règle que la personne soit assermentée.) La Cour d’appel de l’Alberta a affirmé que les observations de lord Denning concernant le *subpoena duces tecum* plaident en faveur du droit de délivrer une commission rogatoire qui demande uniquement la production de documents, mais elle a ajouté qu’il a atténué son point de vue en concluant comme suit:

[TRADUCTION] ... à condition toujours que les documents soient requis aux fins du procès comme accessoires à l’interrogatoire d’un témoin ...

La Cour d’appel a mis fin trop rapidement à cette citation puisque le passage poursuit en ces termes:

and not as a means of getting discovery from a person not a party . . . nor as part of a pre-trial procedure which is not a part of the trial . . .

In the present case, there is no question of the documents being sought for discovery or for any purpose other than trial. I would adopt what Lord Denning said as unqualified by any ancillary doctrine. Indeed, in my view the Alberta Court of Appeal has taken the English cases, especially the two *Penn-Texas* cases too far. They do not, as I read them, support the Court of Appeal's position. On the other hand, its position is supported by the judgment of Steele J. in *Medical Ancillary Services et al. v. Sperry Rand Corporation* (1979), 23 O.R. (2d) 406, and I shall have something to say about this case (which was cited and quoted without particular emphasis) after I have looked at the English cases considered by the Alberta Court of Appeal.

#### Review of the Authorities

Although *Burchard v. Macfarlane*, [1891] 2 Q.B. 241, was not itself cited in the courts below, it was referred to with approval in *Radio Corporation of America v. Rauland Corporation*, [1956] 1 All E.R. 260, and on appeal at p. 549, which was considered in the Alberta courts. I propose to examine it first because it appears to have promoted the ancillary doctrine applied by Lieberman J.A. in the present case. The *Burchard* case was not a case involving letters rogatory but it was close enough in involving an attempt to obtain commission evidence in England for use in a Scottish action by the production of documents from a non-party witness under s. 5 of the British *Evidence by Commission Act* of 1843. The English Court of Appeal held that the order that was made was in effect an order for discovery, and there was no right to such an order against a non-party witness. Lord Halsbury put the matter in these words (at p. 245): "When I look at the Act of Parliament, it appears to me that the only process intended to be enforced was the production of documents as ancillary to the examination of a witness". Lord Esher pointed out that the order was made on third parties who have nothing to do

[TRADUCTION] et non comme un moyen d'interroger une personne qui n'est pas une partie . . . ni dans le cadre d'une procédure préalable au procès qui ne fait partie du procès . . .

<sup>a</sup> En l'espèce, il n'est pas question de chercher à obtenir les documents en vue d'interroger une personne ou pour une fin autre que le procès. Je fais miens les propos de lord Denning qui ne sont pas atténués par une doctrine de l'accessoire. En fait, j'estime que la Cour d'appel de l'Alberta est allée trop loin dans son interprétation de la jurisprudence anglaise, en particulier celle des deux arrêts *Penn-Texas*. A mon avis, ces arrêts n'appuient pas la position de la Cour d'appel. Par contre, sa position est étayée par la décision du juge Steele dans *Medical Ancillary Services et al. v. Sperry Rand Corporation* (1979), 23 O.R. (2d) 406 et je commenterai cet arrêt (qui a été invoqué et cité sans qu'on y attache une importance particulière) après avoir analysé la jurisprudence anglaise examinée par la Cour d'appel de l'Alberta.

#### Analyse de la jurisprudence

<sup>e</sup> Même si l'arrêt *Burchard v. Macfarlane*, [1891] 2 Q.B. 241, n'a pas été cité par les cours d'instance inférieure, il l'a été favorablement dans l'arrêt *Radio Corporation of America v. Rauland Corporation*, [1956] 1 All E.R. 260 et en appel à la p. 549, arrêt que les cours de l'Alberta ont considéré. J'envisage de l'examiner d'abord parce qu'il semble avoir préconiser la doctrine de l'accessoire appliquée en l'espèce par le juge Lieberman. L'arrêt *Burchard* ne porte pas sur une commission rogatoire mais il s'y apparente en ce qu'il porte sur une tentative d'obtenir, par voie de commission rogatoire en Angleterre, un élément de preuve afin de l'utiliser dans une action intentée en Écosse pour produire, conformément à l'art. 5 de l'*Evidence by Commission Act* britannique de 1843, des documents obtenus d'un témoin qui n'était pas partie à l'action. La Cour d'appel d'Angleterre a conclu que l'ordonnance rendue était en fait une ordonnance d'interrogatoire préalable et qu'un témoin non partie à l'action ne pouvait en faire l'objet. Lord Halsbury a énoncé la question comme suit (à la p. 245): [TRADUCTION] «En examinant la Loi du Parlement, il appert que ce qui est recherché est la production de documents accessoi-



with the action, and with respect to documents which are their sole property and not in any way the property of the parties to the action. The order was, in effect, for discovery which was beyond the Court's jurisdiction. He added this (at pp. 248-49):

Where there is an order that a witness is to be examined before the commissioner, it is under the same circumstances as would arise if he were examined at the trial, and the order that may be lawfully made is for the attendance for examination as a witness as if he were at the trial—the production of any writings or documents to be mentioned in the rule or order which may be made for his attendance and examination as a witness, is only equivalent to saying that he must bring the writings or documents as he would bring them [with him] on a subpoena duces tecum. Here that is evaded. The order is for discovery before examination instead of for production on examination.

Fry L.J. gave reasons to the same effect. I quote the following from his reasons (at p. 250):

That statute enables the Court in England or Scotland or Ireland to direct a commission for the examination of witnesses—that means persons who are able to bear testimony with regard to the issues in controversy between the litigant parties. It does not mean that they may be examined with regard to the possession of documents which may be relevant to the controversy between the parties. That observation governs, in my opinion, the whole of the section, and I think the words at the end “for the production of any writings or documents to be mentioned in such rule or order,” are only ancillary to the examination of witnesses. The words may enable the parties to require the production of the documents which the witness produces as a witness; but they cannot for one moment be stretched so as to enable any one to obtain discovery against a witness.

*Radio Corporation of America v. Rauland Corporation, supra*, involved letters rogatory addressed to judicial authorities in England for assistance in a United States action by way of requiring certain persons who were directors of two English companies to attend for examination, under s. 1 of the English *Foreign Tribunals Evidence Act, 1856*, and to produce certain documents of the companies although neither they nor the

rement à l'interrogatoire d'un témoin». Lord Esher a fait remarquer que l'ordonnance s'adressait à des tiers qui n'avaient rien à voir avec l'action, et qu'elle visait des documents qui leur appartenaient exclusivement et non aux parties à l'action. Il s'agissait en fait d'une ordonnance d'interrogatoire préalable qui excédait les pouvoirs de la cour. Il a ajouté (aux pp. 248-249):

[TRADUCTION] Lorsqu'il est ordonné qu'un témoin soit interrogé devant le commissaire, cela doit être fait dans les mêmes conditions que s'il était interrogé au procès et l'ordonnance qui peut être établie légalement vise à le faire comparaître pour être interrogé en qualité de témoin comme s'il était au procès; la production d'écrits ou de documents à mentionner dans la règle ou l'ordre qui peuvent être établis aux fins de sa comparution et son interrogatoire en qualité de témoin équivaut uniquement à dire qu'il doit apporter les écrits ou les documents comme il le ferait en vertu d'un *subpoena duces tecum*. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Au lieu d'une ordonnance de produire des documents lors d'un interrogatoire, il s'agit d'une ordonnance d'interrogatoire préalable.

Le lord juge Fry a prononcé des motifs en ce sens. Je cite l'extrait suivant de ses motifs (à la p. 250):

[TRADUCTION] Cette loi permet à la cour en Angleterre, en Écosse ou en Irlande, de délivrer une commission en vue d'interroger des témoins, c'est-à-dire des personnes aptes à témoigner relativement aux questions en litige entre des parties à un procès. Cela ne signifie pas qu'ils peuvent être interrogés concernant la possession de documents qui peuvent se rapporter au litige entre les parties. A mon avis, cette observation vaut pour tout l'article et je crois que les derniers mots «pour la production d'écrits ou de documents à mentionner dans la règle ou l'ordre» ne sont qu'accessoires à l'interrogatoire des témoins. Ces mots peuvent permettre aux parties d'exiger la production des documents que le témoin produit en qualité de témoin, mais on ne peut les interpréter de façon à permettre à quiconque de soumettre un témoin à un interrogatoire préalable.

Dans l'arrêt *Radio Corporation of America v. Rauland Corporation*, précité, il était question d'une commission rogatoire adressée aux autorités judiciaires anglaises afin d'obtenir leur assistance dans une action intentée aux États-Unis, en enjoignant à certaines personnes qui étaient administrateurs de deux compagnies anglaises de comparaître pour être interrogées, conformément à l'art. 1 de la *Foreign Tribunals Evidence Act* anglaise de 1856,

directors were parties to the United States action nor was there evidence that officers of the company might be material witnesses in the action. Barry J. held that what was sought was, in effect, discovery from persons who were not parties to the American litigation. He held that the *Burchard* case was applicable in terms of the similarity of the applicable legislation. He then ruled as follows (at p. 270):

I hold that under the Foreign Tribunals Evidence Act, 1856, as under the Evidence by Commission Act, 1843, the power to make an order for "the production of any writings or other documents" is ancillary to the order for the examination of witnesses, and that the court has no power to order what is, in effect, discovery against a witness, or to call a witness for examination merely to obtain discovery or to examine him on the documents which may be in his possession or control. Should I be wrong in my view on the question of jurisdiction, I am quite satisfied that, as a matter of discretion, Master GRUNDY'S order, in so far as it relates to the production of documents, cannot be supported. The enforcement of such an order against any company or person not a party to the action would, I think, be grossly oppressive when judged by the standards of our own civil procedure, and I do not propose to judge it by any other standard.

However, Barry J. did uphold the request in the letters rogatory in so far as it related to certain witnesses who apparently could give oral evidence referable to facts relevant to the trial of the American action and directed production of related documents, subject to the right of the witnesses to refuse to answer questions that would incriminate them either under United States or English law.

This latter order was set aside on appeal, it being the view of the Queen's Bench Division that what was being sought was disclosure of material for the purpose of pre-trial proceedings in the United States and which might lead to a line of inquiry through which relevant trial testimony

et pour produire certains documents de ces compagnies même si ni celles-ci ni les administrateurs n'étaient parties à l'action intentée aux États-Unis et même s'il n'y avait pas de preuve que les dirigeants de la compagnie pouvaient être des témoins importants dans l'action. Le juge Barry a conclu qu'on cherchait en fait à soumettre à un interrogatoire préalable des personnes qui n'étaient pas parties au litige américain. Il a décidé que l'arrêt *Burchard* s'appliquait compte tenu de la similitude de la législation applicable. Il a alors conclu en ces termes (à la p. 270):

[TRADUCTION] Je conclus qu'en vertu de la Foreign Tribunals Evidence Act de 1856, comme en vertu de l'Evidence by Commission Act de 1843, le pouvoir d'établir une ordonnance pour «la production d'écrits ou d'autres documents» est accessoire à l'ordonnance visant l'interrogatoire de témoins, et que la cour n'a pas le pouvoir d'ordonner ce qui est, en fait, l'interrogatoire préalable d'un témoin, ni d'assigner un témoin à un interrogatoire simplement pour effectuer un interrogatoire préalable ou pour l'interroger sur des documents dont il peut avoir la possession ou le contrôle. Même si mon opinion sur la question de compétence était erronée, je suis convaincu que, du point de vue discrétionnaire, l'ordonnance de M. GRUNDY ne peut être confirmée dans la mesure où elle porte sur la production de documents. J'estime que, suivant les normes de notre propre procédure civile, il serait grossièrement oppressif d'exiger qu'une compagnie ou une personne non partie à l'action se conforme à une ordonnance de ce genre et je n'entends pas trancher la question en fonction d'une autre norme.

Toutefois, le juge Barry a maintenu la demande que contenait la commission rogatoire dans la mesure où elle concernait certains témoins qui pouvaient vraisemblablement fournir un témoignage oral sur des faits se rattachant à l'instruction de l'action américaine et il a ordonné la production de documents s'y rapportant, sous réserve du droit des témoins de refuser de répondre à des questions qui les incrimineraient en vertu de la loi en vigueur aux États-Unis ou en Angleterre.

Cette dernière ordonnance a été annulée en appel, la Division du Banc de la Reine étant d'avis qu'on cherchait à obtenir des renseignements aux fins des procédures préalables au procès aux États-Unis, ce qui pourrait mener à un genre d'enquête au cours de laquelle des éléments de preuve ayant

might be disclosed. It was held that the English Act of 1856 did not permit an order which had that effect, an order which was really one for discovery. Devlin J., in his reasons referred also to the *Burchard* case and continued as follows (at p. 552):

In that authority the distinction is made plain between what I have called discovery or indirect material on the one hand, and proof or direct material on the other hand. That is, I think, the true distinction with which one must approach the word "testimony" in this Act. Testimony which is in the nature of proof for the purpose of the trial is permissible. Testimony, if it can be called "testimony", which is mere answers to questions on the discovery proceeding designed to lead to a train of inquiry, is not permissible. Into which category does the present fall? It might perhaps be enough to say that it is plain enough from what I have said of the nature of proceedings in the court in Illinois that they fall into the category of pre-trial proceedings, proceedings by way of discovery . . . .

Earlier in his reasons, he put the matter in these words (at p. 551):

The distinction is not whether what is to be obtained is documentary material or oral material. The distinction is whether it is a process by way of discovery and testimony for that purpose or whether it is testimony for the trial itself.

In *Penn-Texas Corporation v. Anstalt and Others (No. 1)*, [1963] 1 All E.R. 258, and in *Penn-Texas Corporation v. Murat Anstalt and Others (No. 2)*, *supra*, each decided by different panels of the English Court of Appeal, the main issue was whether a limited company could be ordered in response to letters rogatory and under the English Act of 1856, to be examined under oath. In both cases, it was held that the Act did not authorize such an order but that it was permissible to order a limited company to produce existing and specified documents for the purposes of trial in the foreign court and not for discovery or for pre-trial proceedings. There are indications in these cases, and I refer especially to the reasons of Pearson L.J. in the second *Penn-Texas* case, at pp. 601-02, that production of documents only by a

trait au procès seraient susceptibles d'être divulgués. On a conclu que la Loi anglaise de 1856 ne permettait pas de rendre une ordonnance ayant cet effet, une ordonnance qui visait vraiment un interrogatoire préalable. Dans ses motifs, le juge Devlin a mentionné également l'arrêt *Burchard* et a ajouté ce qui suit (à la p. 552):

[TRADUCTION] Cet arrêt distingue clairement entre ce que j'ai appelé l'interrogatoire préalable ou l'information indirecte d'une part, et la preuve ou l'information directe d'autre part. C'est là, je crois, la véritable distinction qu'il faut faire à l'égard du mot «témoignage» dans cette loi. Le témoignage qui est de l'essence de la preuve aux fins du procès est recevable. Le témoignage, si on peut l'appeler ainsi, qui consiste en de simples réponses à des questions au cours d'une procédure d'interrogatoire préalable visant à mener à une procédure d'enquête, est inadmissible. Dans quelle catégorie se classent les témoignages dont il s'agit en l'espèce? Il suffit peut-être de dire qu'il ressort assez clairement de ce que j'ai dit de la nature des procédures devant la cour de l'Illinois, qu'ils se classent dans la catégorie des procédures préalables au procès, les procédures par voie d'interrogatoire préalable . . . .

Dans ses motifs, il avait déjà présenté la question comme suit (à la p. 551):

[TRADUCTION] La distinction n'est pas de savoir si ce qu'on veut obtenir est une information documentaire ou une information orale. La distinction est de savoir s'il s'agit d'une procédure par voie d'interrogatoire préalable et d'un témoignage à cette fin ou s'il s'agit d'un témoignage aux fins du procès lui-même.

Dans les arrêts *Penn-Texas Corporation v. Anstalt and Others (No. 1)*, [1963] 1 All E.R. 258, et *Penn-Texas Corporation v. Murat Anstalt and Others (No. 2)*, précité, rendus par différents juges de la Cour d'appel d'Angleterre, la principale question en litige était de savoir si on pouvait, en réponse à une commission rogatoire et en vertu de la Loi anglaise de 1856, ordonner l'interrogatoire sous serment d'une société par actions. Dans les deux cas, on a décidé que la Loi ne permettait pas une telle ordonnance, mais qu'elle pouvait permettre d'ordonner à une société par actions de produire certains documents existants aux fins du procès devant la cour étrangère et non aux fins d'un interrogatoire préalable ou de procédures préalables au procès. Il ressort de ces arrêts, et je me réfère en particulier aux motifs du lord juge

witness should be limited to situations where his testimony is required under the letters rogatory. In the first *Penn-Texas* case, Davies L.J. dealt, at p. 273, with an argument, based on the *Burchard* case that the English Act of 1856 is directed to oral examination of a witness and that it is impracticable to order production of a document unless the command is directed to a person. He said this:

There is no doubt that LORD ESHER, M. R., and FRY, L.J., in *Burchard v. Macfarlane, Ex p. Tindall*, did, in effect, express the view that the provisions of the Evidence by Commission Act, 1843, similar to those under discussion here, applied to the production of documents by a witness and not otherwise; and this expression of opinion was followed by BARRY, J., in *Radio Corp. of America v. Rauland Corp.* But the real ratio of the decision in *Burchard's* case was that the application was an attempt to obtain discovery from someone who was not a party to the suit. And similarly the ratio of the decision of the Divisional Court in the *Radio Corp.* case was that the application was part of pre-trial discovery. Once it is conceded, as it is in the present case, that the application is one for evidence to be used at the trial and is a part of trial procedure, then these two authorities are not, as I understand them, a bar to the present application. The production of a document may well be said to be ancillary to oral evidence, even though the document is produced by someone other than the person who gives the oral evidence. And the fact that a company can only comply with an order by instructing its proper officer to do what is necessary is no argument for the proposition that an order cannot be made against a company.

For me, the reasons of Willmer L.J. in the first *Penn-Texas* case are cogent and compelling. He asked and answered the following question (at p. 264):

I pass, therefore, to the second question, namely, whether a limited company can be required to attend by its proper officer before the examiner for the purpose simply of producing documents. I am prompted to ask at the outset: "Why not?" It seems to me that this question depends entirely on the true construction of s. 1 of the Foreign Tribunals Evidence Act, 1856, which in terms authorises the court to command the attendance of any person or the production of any writings or other docu-

Pearson dans le deuxième arrêt *Penn-Texas*, aux pp. 601 et 602, que la production de documents seulement par un témoin devrait se restreindre aux cas où son témoignage est requis en vertu de la commission rogatoire. Dans le premier arrêt *Penn-Texas*, le lord juge Davies a examiné, à la p. 273, un argument fondé sur l'arrêt *Burchard* portant que la Loi anglaise de 1856 vise l'interrogatoire oral d'un témoin et qu'on ne peut ordonner la production d'un document à moins que l'ordre ne s'adresse à une personne. Il a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute que le Maître des rôles, LORD ESHER, et le LORD JUGE FRY, dans l'arrêt *Burchard v. Macfarlane, Ex. p. Tindall*, ont en fait exprimé l'avis que les dispositions de l'Evidence by Commission Act de 1843, semblables à celles dont il est question en l'espèce, s'appliquent à la production de documents par un témoin et non autrement; et le JUGE BARRY a souscrit à cette opinion dans l'arrêt *Radio Corp. of America v. Rauland Corp.* Mais le fondement véritable de l'arrêt *Burchard* était que la requête constituait une tentative d'interroger une personne qui n'était pas partie à l'instance. De même, le motif sur lequel se fonde la décision de la Cour divisionnaire dans l'arrêt *Radio Corp.* était que la requête faisait partie d'un interrogatoire préalable au procès. Une fois admis, comme c'est le cas en l'espèce, que la requête vise à obtenir une preuve qui doit servir au procès et qu'elle fait partie du procès, alors ces deux arrêts, à mon avis, ne s'opposent pas à la présente requête. On peut certes dire que la production d'un document est accessoire à une preuve orale, même si le document est produit par une personne autre que celle qui fournit la preuve orale. Et le fait qu'une société ne peut se conformer à l'ordonnance qu'en chargeant son représentant autorisé de faire le nécessaire ne justifie pas la thèse selon laquelle une ordonnance ne peut être rendue contre une société.

A mon avis, les motifs énoncés par le lord juge Willmer dans le premier arrêt *Penn-Texas* sont valables et péremptoires. Il a posé la question suivante et y a répondu comme suit (à la p. 264):

[TRADUCTION] Je passe donc à la deuxième question, savoir si on peut exiger qu'une société par actions compare, par l'intermédiaire de son représentant autorisé, devant le commissaire-enquêteur à la seule fin de produire des documents. Je suis enclin à me demander d'abord «Pourquoi pas?» Il me semble que cette question dépend entièrement de l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 1 de la Foreign Tribunals Evidence Act de 1856, qui autorise de façon expresse la cour à ordon-

ments. As a matter of construction, I entertain no doubt that the verb "command" governs both "the attendance of any person" and "the production of any writings or other documents".

Turning to the *Burchard* case, he noted that it turned on an attempt to obtain discovery from two persons who were not parties to the action. He then went on to say this (at p. 265):

Nor do I think that the dicta of LORD ESHER, M. R., and FRY, L. J., can be relied on as laying down that in no circumstances can the court command production of documents from any person other than a witness in the case.

The power to command the production of documents is quite general, and the Act does not say that they can be required to be produced only by a witness giving oral evidence. The words of the Act are wide enough to embrace a command to any person shown to be in fact in possession of the documents required.

The English Court of Appeal returned to the matter in *Panthalu v. Ramnord Research Laboratories, Ltd.*, [1965] 2 All E.R. 921, in relation to the application by a plaintiff in an action in India for the taking of commission evidence under the *Evidence by Commission Act*, 1859, being similar to the 1856 Act. The evidence was sought from named witnesses, employees of a company, and, concurrently, production of documents by those witnesses. The company did not object to the production but the defendants did. The Court ordered the production. In the course of his reasons, Sellers L. J. said this (at p. 923):

With regard to documents there is no specific request with regard to their production, but I agree with MEGAW, J., that this court is not precluded by that omission from ordering production of documents which the evidence makes relevant.

The real issue between the parties is whether the documents sought are ancillary to any evidence which may be given, or whether the plaintiff by this machinery is merely seeking discovery of documents which has been disallowed, at the present stage of the action, in India.

ner la comparution d'une personne ou la production d'écrits ou d'autres documents. Du point de vue de l'interprétation, je suis convaincu que le verbe «ordonner» vise à la fois «la comparution d'une personne» et «la production d'écrits ou d'autres documents».

Au sujet de l'arrêt *Burchard*, il a fait remarquer qu'il concernait une tentative d'obtenir l'interrogatoire préalable de deux personnes qui n'étaient pas parties à l'action. Il a alors ajouté ce qui suit (à la p. 265):

[TRADUCTION] Je ne crois pas non plus que les opinions incidentes du Maître des rôles, LORD ESHER, et du LORD JUGE FRY posent en principe que la cour ne peut jamais ordonner à une personne, autre qu'un témoin dans la cause, de produire des documents.

Le pouvoir d'ordonner la production de documents est très général et la Loi ne dit pas qu'ils doivent être produits uniquement par un témoin qui fournit une preuve orale. Les termes de la Loi sont suffisamment larges pour comprendre un ordre adressé à toute personne à l'égard de laquelle il est établi qu'elle est réellement en possession des documents requis.

La Cour d'appel d'Angleterre a examiné de nouveau la question dans l'arrêt *Panthalu v. Ramnord Research Laboratories, Ltd.*, [1965] 2 All E.R. 921, relativement à la requête d'un demandeur dans une action intentée en Inde, visant à recueillir des témoignages par voie de commission rogatoire conformément à l'*Evidence by Commission Act* de 1859, qui est semblable à la Loi de 1856. On cherchait à interroger des témoins nommés, à l'emploi d'une société, et, en même temps, à obtenir de ces témoins la production de documents. La société ne s'est pas opposée à cette production, mais la défenderesse s'y est opposée. La cour a ordonné la production. Dans ses motifs, le lord juge Sellers affirme ceci (à la p. 923):

[TRADUCTION] En ce qui a trait aux documents, il n'y a pas de demande précise de les produire, mais je suis d'accord avec le JUGE MEGAW que cette omission n'empêche pas cette cour d'ordonner la production des documents pertinents en regard de la preuve.

La véritable question qui se pose entre les parties est de savoir si les documents qu'on cherche à obtenir sont accessoires aux témoignages qui peuvent être rendus, ou si par ce moyen le demandeur cherche simplement à obtenir la communication de documents en Inde, ce qui lui a été refusé à l'étape actuelle de l'action.

Davies L. J. went further and purported to sum up the course of decision in the cases, previously canvassed in these reasons, as follows (at p. 927):

(i) The court will only order the production of documents when such production is ancillary to the oral testimony of a witness. (ii) The court will not make an order under the Act if what is being sought is in effect discovery of documents against a person not a party to the action. (iii) The court will not make an order for indirect or pretrial testimony, whether by oral evidence or by production of documents; it will only order direct testimony, oral or documentary, for the trial of the action.

*American Express Warehousing, Ltd. v. Doe and Others*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 222, also a judgment of the English Court of Appeal, is along the same lines. It affirms that letters rogatory will be supported for the oral examination of non-party witnesses who are asked to produce documents with them which are ancillary to their oral evidence where the evidence is required for trial and not for discovery. The difference between American procedure, under which discovery may be had from a non-party and English procedure which forbids this, was emphasized here as it had been in earlier cases. The Alberta Court of Appeal relied on this case, as it did on earlier cases, as laying down the rule under the English Act of 1856, comparable to s. 43 of the *Canada Evidence Act*, that production of documents will only be ordered if ancillary to oral evidence.

As I have already indicated, I much prefer the approach of Willmer L.J., one more consonant with the views expressed in this Court as to the desirability of a broad liberal construction of legislation such as s. 43 of the *Canada Evidence Act* in the interests of comity.

Finally, I wish to refer to the judgment of Steele J. in the *Medical Ancillary Services* case, *supra*. He held that s. 43 did not authorize an order, in support of letters rogatory, for the production of documents by a limited company, although this

Le lord juge Davies est allé plus loin et a voulu résumer comme suit la jurisprudence déjà exposée dans ses motifs (à la p. 927):

[TRADUCTION] (i) La cour n'ordonne la production de documents que lorsque leur production est accessoire au témoignage oral d'un témoin. (ii) La cour ne rend aucune ordonnance en vertu de la Loi si ce qu'on cherche à obtenir est en fait la communication de documents contre une personne qui n'est pas partie à l'action. (iii) La cour ne rend aucune ordonnance pour un témoignage indirect ou préalable au procès, qu'il s'agisse d'un témoignage oral ou de la production de documents; elle n'ordonne que le témoignage direct, oral ou par écrit, aux fins de l'instruction de l'action.

L'arrêt *American Express Warehousing, Ltd. v. Doe and Others*, [1967] 1 Lloyd's Rep. 222, également de la Cour d'appel d'Angleterre, est au même effet. Il confirme qu'une commission rogatoire est permise pour interroger oralement des témoins qui ne sont pas des parties et à qui on demande de produire des documents accessoires à leur témoignage oral lorsque cette preuve est requise aux fins d'un procès et non d'un interrogatoire préalable. Comme dans les arrêts antérieurs, on met l'accent sur la différence entre la procédure américaine, suivant laquelle on peut soumettre à un interrogatoire préalable un témoin qui n'est pas une partie, et la procédure anglaise qui interdit cette pratique. Tout comme elle l'avait fait dans les arrêts antérieurs, la Cour d'appel de l'Alberta s'est appuyée sur cet arrêt, considérant qu'il pose la règle qui découle de la Loi anglaise de 1856 et qui se compare à l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada*, selon laquelle la production de documents n'est ordonnée que s'ils sont accessoires au témoignage oral.

Comme je l'ai déjà souligné, je préfère de beaucoup la méthode du lord juge Willmer, qui est plus compatible avec le point de vue exprimé par cette Cour relativement à l'attrait que présente, aux fins de la courtoisie, une interprétation large et libérale d'un texte de loi comme l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Enfin, je tiens à mentionner la décision du juge Steele dans l'affaire *Medical Ancillary Services*, précitée. Il a conclu que l'art. 43 ne permet pas de recourir à une commission rogatoire, pour ordonner à une société par actions de produire des

was permissible under the allegedly wider s. 60 of *The Evidence Act* of Ontario, R.S.O. 1970, c. 151 and also permissible under the English Act of 1856, although the company could not itself be required to give evidence as a witness.

Steele J. distinguished the English and Canadian provisions by reference not only to formulation but as well to difference to punctuation. For convenience of assessment, I set out the respective provisions:

English Act of 1856

I. Where, upon an Application for this Purpose, it is made to appear to any Court or Judge having Authority under this Act that any Court or Tribunal of competent Jurisdiction in a Foreign Country, before which any Civil or Commercial Matter is pending, is desirous of obtaining the Testimony in relation to such Matter of any Witness or Witnesses within the Jurisdiction of such first-mentioned Court, or of the Court to which such Judge belongs, or of such Judge, it shall be lawful for such Court or Judge to order the Examination upon Oath, upon Interrogatories or otherwise, before any Person or Persons named in such Order, of such Witness or Witnesses accordingly; and it shall be lawful for the said Court or Judge . . . or any other Judge having Authority under this Act, by any subsequent Order, to command the Attendance of any Person to be named in such Order, for the Purpose of being examined, or the Production of any Writings or other Documents to be mentioned in such Order, and to give all such Directions as to the Time, Place, and Manner of such Examination, and all other Matters connected therewith, as may appear reasonable and just; and any such Order may be enforced in like Manner as an Order made by such Court or Judge in a Cause depending in such Court or before such Judge.

Canada Evidence Act

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

documents, bien que ce soit permis en vertu de l'art. 60, dont la portée serait plus large, de *The Evidence Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 151 et en vertu de la Loi anglaise de 1856, même si la société ne peut elle-même être requise de témoigner.

Le juge Steele a fait la distinction entre les dispositions anglaise et canadienne en s'attachant non seulement à leur formulation mais aussi à la différence dans la ponctuation. Pour en faciliter l'examen, je les reproduis en regard:

Loi anglaise de 1856

[TRADUCTION] I. Lorsque, sur requête à cette fin, il est prouvé à une cour ou à un juge compétent en vertu de la présente loi qu'un tribunal compétent d'un pays étranger, devant lequel est pendante une affaire civile ou commerciale, désire avoir dans cette affaire le témoignage d'un témoin ou de témoins qui sont dans le ressort de la cour en premier lieu mentionnée, ou de la cour à laquelle appartient le juge susdit, ou de ce juge, cette cour ou ce juge peut légitimement ordonner en conséquence que le témoin ou les témoins soient interrogés sous serment, par questions écrites ou autrement, devant toute personne ou personnes dénommées audit ordre; et ladite cour ou ledit juge . . . ou un autre juge compétent en vertu de la présente loi peut légitimement assigner, par un ordre subséquent, toute personne dénommée à cet ordre à comparaître pour rendre témoignage ou produire tous écrits ou documents mentionnés dans l'ordre, et donner les directives qui peuvent sembler raisonnables et justes quant aux date, lieu et mode de l'interrogatoire, et quant à toute autre question s'y rapportant; et cet ordre peut être exécuté tout comme s'il s'agissait d'un ordre de cette cour ou de ce juge dans une cause pendante devant cette cour ou ce juge.

Loi sur la preuve au Canada

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

This is what Steele J. said about them (at p. 410):

In considering the power of the Court under the *Canada Evidence Act*, it should be noted that there are differences between it and the English Act, which differences are as follows: (1) Provisions between the power of the Court to order a witness to attend and the power of the Court to order the attendance of any person for examination or for the production of writings or documents is separated by a semicolon. This is not so in the *Canada Evidence Act*. (2) In the English Act, in the second part, reference is made to the examination of a person for the purpose of being examined or for production. In the Canada Act there are two differences. Reference is made only to a party or witness—not a person—and also in the Canada Act reference is made for the examination *and* production rather than the word *or* in the English Act. Having reviewed the reasoning in the *Penn-Texas Corp.* case, I am of the opinion that such reasoning is not applicable to the interpretation of the *Canada Evidence Act* with respect to the production of documents. The Canada Act refers only to a party or witness and uses the conjunctive word “and” with respect to production. I am, therefore, of the opinion that under this Act, it is only a witness who may be compelled to attend for examination that may be compelled to make productions.

The Ontario Act does not include the semicolon that is in the English Act but it does use the word “person” and the word “or” that are in the English Act. I am of the opinion that the reasoning in the *Penn-Texas Corp.* case is applicable to the Ontario Act, and, therefore, under s. 60 of the Ontario Act, a company may be ordered to make production on an application for letters rogatory.

The semicolon issue raised by Steele J. is not compelling in the light of the English statute on which he dwells for the distinctions he would make; it is the extreme of technicality to found a distinction between the presence of a semicolon in the English statute and a comma in the similar place in the Canadian provision. Nor am I taken by the contrast made by Steele J. between “party or witness”, in the Canadian Act and “person” in the English Act. In the opening words of the English Act the reference is to the testimony of any witness or witnesses, and the subsequent change of characterization by use of the word

Voici ce qu’en dit le juge Steele (à la p. 410):

[TRADUCTION] Lorsqu’on examine le pouvoir qu’a la cour en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*, il y a lieu de souligner que cette loi et la loi anglaise présentent certaines différences qui sont les suivantes: (1) le pouvoir de la cour d’ordonner à un témoin de comparaître et le pouvoir de la cour d’ordonner à une personne de comparaître pour être interrogée ou pour produire des écrits ou des documents sont séparés par un point-virgule. Ce n’est pas le cas dans la *Loi sur la preuve au Canada*. (2) Dans la deuxième partie de la loi anglaise, on parle d’assigner une personne à comparaître pour rendre témoignage ou pour produire des documents. La loi canadienne diffère à deux égards. On y parle uniquement d’une partie ou d’un témoin, non d’une personne; la loi canadienne parle de rendre témoignage *et* de produire des écrits alors que la loi anglaise utilise le mot *ou*. Après avoir examiné les motifs de l’arrêt *Penn-Texas Corp.*, je suis d’avis qu’ils ne sont pas applicables à l’interprétation de la *Loi sur la preuve au Canada* en ce qui concerne la production de documents. La loi canadienne mentionne uniquement une partie ou un témoin et emploie la conjonction «et» relativement à la production de documents. Je suis par conséquent d’avis qu’en vertu de cette loi, seul le témoin qui peut être cité à comparaître pour rendre témoignage peut être tenu de produire des documents.

La loi ontarienne ne comporte pas le point-virgule qu’on trouve dans la loi anglaise, mais elle utilise le mot «personne» et le mot «ou» qui se trouvent dans la loi anglaise. Je suis d’avis que les motifs de l’arrêt *Penn-Texas Corp.* s’appliquent à la loi ontarienne et que, par conséquent, en vertu de l’art. 60 de la loi ontarienne, on peut, dans une demande de commission rogatoire, ordonner à une société de produire des documents.

La question du point-virgule que soulève le juge Steele n’est pas péremptoire compte tenu de la loi anglaise sur laquelle il appuie les distinctions qu’il veut établir; c’est le comble de la subtilité que de fonder une distinction sur la présence d’un point-virgule dans la loi anglaise et d’une virgule au même endroit dans la disposition canadienne. Je ne suis pas impressionné non plus par le contraste que fait ressortir le juge Steele entre «partie ou témoin» dans la loi canadienne et «personne» dans la loi anglaise. Au début de la loi anglaise, on mentionne le témoignage d’un témoin ou de témoins, et le changement ultérieur de désignation par l’emploi



“person” is surely a neutral reference which envisages the person becoming a witness. What remains then by way of distinction is the word “or” in the English act and the word “and” in the Canadian Act when reference is made to the examination of witnesses and production of documents. Certainly, if some of the observations in the English cases relied on by Lieberman J.A. in the present case espouse his ancillary position, then what price the word “or”? If in those cases it can be read conjunctively, I can have little difficulty in reading “and” disjunctively. Take, for example, *Criminal Code*, s. 628 respecting *subpoenas* to attend to give evidence “and, if required”, to bring with him any relevant writings in his possession. Can it be said that “and” excludes a *subpoena* for production of documents alone?

Moreover, it appears to be the view of Salmon L.J. in the *American Express Warehousing* case, at p. 227, that a few questions of witnesses, asked to produce documents as requested under the foreign letters rogatory, would suffice to satisfy the requirement of making production ancillary to oral evidence. That, if true, surely reduces the ancillary doctrine to an absurdity.

#### Should the Order of Miller J. be Restored

Miller J. fully endorsed the considerations of comity that supported the lending of assistance to the United States Court, subject only to the established guidelines set out in various Canadian decisions for meeting Canadian requirements. These, in his view, included the following: (1) Was the evidence required for trial or for discovery? (2) Was the testimony relevant? (3) Was the inquiry of a scope that would not be allowed in Alberta? (4) Were the documents requested described or defined with adequate precision? As to (1), Miller J. was satisfied that the evidence was required for trial; as to (2), subject to a question concerning certain material picked up as a result of intercepted telephone conversations, relevancy was a matter for the commissioner taking the evidence (should an order be made) or for the United States Court

du mot «personne» est sûrement une mention neutre qui considère que la personne devient un témoin. La seule distinction qui reste alors est le mot «ou» dans la loi anglaise et le mot «et» dans la loi canadienne lorsqu'on parle d'interroger les témoins et de produire des documents. Assurément, si certaines observations contenues dans la jurisprudence anglaise sur laquelle s'est appuyé le juge Lieberman en l'espèce soutiennent sa doctrine de l'accessoire, quelle valeur doit-on alors prêter au mot «ou»? Si dans ces arrêts on peut lui donner une valeur conjonctive, il me serait facile de donner à «et» une valeur disjonctive. Prenons, par exemple, l'art. 628 du *Code criminel* concernant l'assignation à comparaître pour rendre témoignage «et, si la chose est nécessaire», d'apporter tout écrit pertinent en sa possession. Peut-on dire que «et» exclut l'assignation à produire des documents seulement?

En outre, dans l'arrêt *American Express Warehousing*, à la p. 227, le lord juge Salmon semble être d'avis que quelques questions posées aux témoins à qui on demande de produire des documents comme le requiert la commission rogatoire étrangère suffiraient pour respecter l'exigence que la production de documents soit accessoire au témoignage oral. Si cela est exact, la doctrine de l'accessoire s'en trouve réduite à une absurdité.

#### L'ordonnance du juge Miller doit-elle être rétablie?

Le juge Miller endosse entièrement les facteurs de courtoisie qui incitent à prêter assistance à la cour américaine, sous réserve uniquement des directives établies qui sont énoncées dans diverses décisions canadiennes afin de respecter les exigences canadiennes. A son avis, ces directives sont notamment les suivantes: (1) La preuve est-elle requise aux fins d'un procès ou d'un interrogatoire préalable? (2) Le témoignage est-il pertinent? (3) L'enquête est-elle d'une portée qui serait permise en Alberta? (4) Les documents demandés sont-ils décrits ou identifiés de manière suffisamment précise? Quant à la première directive, le juge Miller était convaincu que la preuve était requise aux fins d'un procès; quant à la deuxième, à l'exception d'un problème que soulèvent certains documents saisis par suite de l'interception de conversations

or perhaps for both but it was not for him; as to (3), there was no offence to this guideline; and as to (4), the material requested in Exhibits 1(a), 1(b), 1(c) and 1(d) and the tapes mentioned in Exhibit 2 (subject to certain limitations to be discussed), could be sufficiently described to satisfy that guideline.

I wish to add a word on the respondents' contention that the evidence was required for discovery and not for trial. The prosecution's position was clear that the evidence was directed to the trial alone, but in accordance with the governing procedure, the accused were entitled to advance notice of the documents to be tendered at trial and could view them. There was no question hence of seeking information by way of discovery as ordinarily understood, and the accused could not properly assimilate the process, intended for their advantage, to something akin to discovery.

I am content to support Miller J. in his observations on the relevant guidelines that he chose to follow, subject to consideration of the position of tapes of certain intercepted telephone conversations.

The main concern about the intercepted telephone conversations related to those of two defendants in the American proceedings, Mark and Nina Popovich. The tapes of these conversations were submitted to the Laycraft inquiry. Justice Laycraft was of the opinion, expressed in his report to the provincial Attorney General, that the police did not have the required authorization under Canadian law to intercept the calls coming to or emanating from a trailer occupied by the Popovich couple, who were part of the Royal American entourage in Edmonton. However, after considering *Criminal Code*, s. 178.2, (making it an offence in the stated circumstances wilfully to use or disclose an intercepted private communication without the express or implied consent of the originator or recipient) and also s. 178.16 (which makes inadmissible in evidence an intercepted pri-

téléphoniques, la question de la pertinence relève du commissaire qui reçoit la preuve (si une ordonnance est rendue) ou de la cour américaine, ou peut-être des deux à la fois, mais elle ne le concerne pas; quant à la troisième directive, on ne l'a pas enfreinte; et quant à la quatrième, les documents demandés aux pièces 1(a), 1(b), 1(c) et 1(d) et les enregistrements mentionnés à la pièce 2 (sauf certaines restrictions à examiner) sont suffisamment décrits pour satisfaire à cette directive.

Je tiens à ajouter un mot au sujet de l'affirmation des intimés que la preuve est requise aux fins d'un interrogatoire préalable et non d'un procès. La poursuite a clairement soutenu que la preuve vise le procès seulement, mais conformément à la procédure applicable, les accusés ont été informés à l'avance des documents qui doivent être produits au procès et ils ont eu la possibilité de les examiner. Il n'est donc pas question de chercher à obtenir des renseignements au moyen d'un interrogatoire préalable au sens habituel, et les accusés ne peuvent assimiler valablement la procédure, établie à leur avantage, à une procédure apparentée à l'interrogatoire préalable.

Je veux bien souscrire aux observations du juge Miller quant aux directives pertinentes qu'il a choisi de suivre, pour autant qu'on examine la situation des enregistrements de certaines conversations téléphoniques interceptées.

La préoccupation principale au chapitre des conversations téléphoniques interceptées concerne celles de deux défendeurs dans les procédures américaines, savoir Mark et Nina Popovich. Les enregistrements de ces conversations ont été produits à l'enquête Laycraft. Dans son rapport au procureur général de la province, le juge Laycraft a exprimé l'avis que la police n'avait pas obtenu l'autorisation requise en vertu de la loi canadienne pour intercepter les appels reçus à la remorque ou provenant de la remorque occupée par le couple Popovich qui faisait partie du groupe Royal American à Edmonton. Toutefois, après avoir examiné le *Code criminel*, savoir l'art. 178.2 (qui érige en infraction, dans les circonstances prescrites, l'utilisation ou la divulgation volontaire d'une communication privée sans le consentement exprès ou tacite de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la

vate communication against the originator or recipient unless the interception was lawfully made or there was express consent to its admission), Justice Laycraft held that s. 178.16 did not apply where the contents of the intercepted conversations were not to be used against the originator or recipient and, in any event, did not apply to a public inquiry since there was no one on trial in such a proceeding. He went on to say that if, s. 178.16 did apply, the intercepted conversations could be admitted in another proceeding in which they would not be adduced directly against the Popovich couple. In the result, he admitted the tapes which thus became matters of public knowledge.

Miller J. accepted Justice Laycraft's view that s. 178.16 only forbade admission into evidence against the originator and recipient of intercepted private communications not lawfully authorized or whose admission was not consented to, and did not preclude their use against others. He concluded that the intercepted conversations did not come within the exceptions in s. 178.2(2)(a) so as to justify an order for their admission under s. 43 of the *Canada Evidence Act* as against the Popovich couple. However, if, at a s. 43 hearing, it appeared to the hearing officer that the contents of those conversations were relevant to charges against other accused who were not parties thereto, disclosure of the tapes or a transcript of the conversations would not violate s. 178.16 and would not give rise to an offence under s. 178.2(1).

Section 178.16, so far as relevant here, reads as follows:

**178.16** (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

destinait) ainsi que l'art. 178.16 (qui prévoit qu'une communication privée interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins que l'interception n'ait été faite légalement ou que l'on n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve), le juge Laycraft a conclu que l'art. 178.16 ne s'applique pas lorsque les conversations interceptées ne sont pas destinées à être utilisées contre leur auteur ou la personne à laquelle leur auteur les destinait et que, en tout état de cause, cet article ne s'applique pas à une enquête publique étant donné que personne ne faisait l'objet d'un procès dans cette procédure. Il a ajouté que si l'art. 178.16 s'appliquait, les conversations interceptées seraient recevables dans une autre procédure dans laquelle elles ne seraient pas produites directement contre le couple Popovich. En définitive, il a admis les enregistrements qui sont alors devenus de notoriété publique.

Le juge Miller a souscrit à l'opinion du juge Laycraft selon laquelle l'art. 178.16 interdit seulement la recevabilité en preuve, contre l'auteur ou la personne à laquelle l'auteur les destinait, des communications privées interceptées qui ne sont pas légalement autorisées ou qu'on n'a pas consenti à admettre en preuve, et il n'interdit pas leur utilisation contre d'autres personnes. Il a conclu que les conversations interceptées ne sont pas visées par les exceptions prévues à l'al. 178.2 (2)(a) de manière à justifier une ordonnance visant à les admettre en preuve, conformément à l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada*, contre le couple Popovich. Si, toutefois, lors d'une audition en vertu de l'art. 43, la personne qui préside à l'audition constate que le contenu de ces conversations a rapport à des accusations portées contre d'autres accusés qui n'y sont pas parties, la divulgation des enregistrements ou d'une transcription des conversations n'enfreindra pas l'art. 178.16 et n'engendrera pas une infraction au par. 178.2(1).

L'article 178.16, dans la mesure où il est pertinent en l'espèce, se lit comme suit:

**178.16** (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- (a) the interception was lawfully made; or  
 (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(2) Notwithstanding subsection (1), the judge or magistrate presiding at any proceedings may refuse to admit evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication that is itself inadmissible as evidence where he is of the opinion that the admission thereof would bring the administration of justice into disrepute.

(3) Where the judge or magistrate presiding at any proceedings is of the opinion that a private communication that, by virtue of subsection (1), is inadmissible as evidence in the proceedings

- (a) is relevant to a matter at issue in the proceedings, and  
 (b) is inadmissible as evidence therein by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure, not being a substantive defect or irregularity, in the application for or the giving of the authorization under which such private communication was intercepted,

he may, notwithstanding subsection (1), admit such private communication as evidence in the proceedings.

Section 178.2 should also be noticed here, so far as relevant, and it is in these terms:

**178.2 (1)** Where a private communication has been intercepted by means of an electromagnetic, acoustic, mechanical or other device without the consent, express or implied, of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, every one who, without the express consent of the originator thereof or of the person intended by the originator thereof to receive it, wilfully

- (a) uses or discloses such private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof, or  
 (b) discloses the existence thereof,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for two years.

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou  
 b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

a toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

b (2) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible s'il est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice.

c (3) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou magistrat qui préside à une instance quelconque peut déclarer admissible en preuve une communication privée qui serait irrecevable en vertu du paragraphe (1), s'il estime

- a) qu'elle concerne un des points en litige; et

e b) que l'irrecevabilité tient non pas au fond mais uniquement à un vice de forme ou de procédure dans la demande d'interception ou dans l'autorisation qui a été accordée à cet effet.

f Il y a lieu de citer également l'art. 178.2, dans la mesure où il s'applique:

g **178.2 (1)** Lorsqu'une communication privée a été interceptée au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre sans le consentement, exprès ou tacite, de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, quiconque

- h a) utilise ou divulgue volontairement tout ou partie de cette communication privée, ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, ou  
 b) en divulgue volontairement l'existence,

i sans le consentement exprès de son auteur ou de la personne à laquelle son auteur la destinait, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans.

(2) Subsection (1) does not apply to a person who discloses a private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof or who discloses the existence of a private communication

(a) in the course of or for the purpose of giving evidence in any civil or criminal proceedings or in any other proceedings in which he may be required to give evidence on oath where the private communication is admissible as evidence under section 178.16 or would be admissible under that section if it applied in respect of the proceedings;

(3) Subsection (1) does not apply to a person who discloses a private communication or any part thereof or the substance, meaning or purport thereof or of any part thereof or who discloses the existence of a private communication where that which is disclosed by him was, prior to such disclosure, lawfully disclosed in the course of or for the purpose of giving evidence in proceedings referred to in paragraph (2)(a).

It was contended, on behalf of the Popovich couple that if the interceptions were unlawful, as determined in the Laycraft inquiry, an order directing a police officer to disclose the conversations at a s. 43 hearing might expose him to a criminal charge under *Criminal Code* s. 178.2. In short, to obey an order under s. 34 might involve a breach of Canadian criminal law. Presumably, according to Miller J., if an order should be made by him directing production of the tapes, the police officers so ordered would feel bound to produce them. The matter was not one to be left to the hearing officer under s. 43. However, as already noted, the tapes or transcripts were not to be used in a s. 43 hearing against the Popovich couple but could be used against others if relevant to charges against those others.

It is, of course, a central question whether the disclosure of the contents of the conversations against others would not prejudice the Popovich couple as defendants in the American proceedings. Whether the illegally intercepted conversations would be inadmissible in the United States trial is, it may be said, a matter for the American Court.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une personne qui divulgue soit tout ou partie d'une communication privée ou la substance, le sens ou l'objet de tout ou partie de celle-ci, soit l'existence d'une communication privée

a) au cours ou aux fins d'une déposition lors de poursuites civiles ou pénales ou de toutes autres procédures dans lesquelles elle peut être requise de déposer sous serment lorsque la communication privée est admissible en preuve en vertu de l'article 178.16 ou le serait en vertu de cet article s'il s'appliquait aux poursuites ou procédures;

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes qui rapportent une communication privée, en tout ou en partie, ou qui en divulguent la substance, le sens ou l'objet, ou encore, qui en révèlent l'existence lorsque ce qu'elles révèlent avait déjà été légalement divulgué auparavant au cours d'un témoignage ou dans le but de rendre témoignage dans les procédures visées à l'alinéa (2)a).

On a fait valoir, au nom du couple Popovich, que si les interceptions étaient illégales comme l'a établi l'enquête Laycraft, un ordre adressé à un policier de divulguer les conversations lors d'une audition en vertu de l'art. 43 pourrait l'exposer à une accusation en vertu de l'art. 178.2 du *Code criminel*. Bref, l'exécution d'un ordre en vertu de l'art. 43 pourrait entraîner une infraction au droit criminel canadien. Selon le juge Miller, il est probable que, s'il ordonnait la production des enregistrements, les policiers visés par cet ordre s'estimeraient tenus de les produire. Ce n'est pas une question qu'il faut laisser à l'appréciation de la personne qui préside l'audition en vertu de l'art. 43. Toutefois, comme on l'a déjà fait remarquer, les enregistrements ou les transcriptions ne doivent pas être utilisés contre le couple Popovich dans une audition en vertu de l'art. 43 mais ils peuvent servir contre d'autres personnes s'ils ont rapport à des accusations portées contre ces autres personnes.

Il est certes important de savoir si la divulgation du contenu des conversations contre d'autres personnes peut causer un préjudice au couple Popovich en qualité de défendeurs dans des procédures américaines. On peut dire qu'il appartient à la cour américaine de décider si les conversations interceptées illégalement sont irrecevables dans le

Since the material was relevant to the charges in the United States, Miller J. was content to limit the use of the telephone conversations by making them admissible at a s. 43 hearing against the accused other than the Popovich couple.

I would not interfere with this determination since it must be left to the United States courts to decide, in accordance with the governing law there, whether the tapes or transcripts of the illegally intercepted conversations would be admissible at all or to what extent.

Another point taken by the respondents invoked s. 178.16(3.1) which on its face is directed to enlargement of the admissibility of an intercepted private communication. It reads as follows:

**178.16 ...**

(3.1) A private communication that has been intercepted and that is admissible as evidence may be admitted in any criminal proceeding or in any civil proceeding or other matter whatever respecting which the Parliament of Canada has jurisdiction, whether or not the criminal proceeding or the civil proceeding or other matter relates to the offence specified in the authorization pursuant to which the communication was intercepted.

The respondents' submission obviously fastens on the words "that is admissible as evidence", and since the Popovich tapes were not admissible against them respondents seek to erode the application of the provision. In view of the determination that the intercepted communication, if relevant to charges against others, could be admitted against them, I do not see how the respondents' position can be maintained. Over and above this, s. 178.16(3.1) appears from its concluding words to envisage an authorized interception and hence would have no application to the present case.

A number of other submissions opposing the application for judicial assistance were considered and rejected by Miller J. One such submission was that the application was designed to enforce American revenue laws because a conviction for tax evasion (criminal charges of that kind were

procès intenté aux États-Unis. Puisque les documents avaient rapport aux accusations portées aux États-Unis, le juge Miller s'est contenté de restreindre l'usage des conversations téléphoniques en les déclarant recevables, dans une audition en vertu de l'art. 43, contre les accusés autres que le couple Popovich.

Je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier cette décision puisqu'il appartient aux cours des États-Unis de décider, conformément au droit applicable dans ce pays, si les enregistrements ou les transcriptions des conversations interceptées illégalement sont recevables ou dans quelle mesure ils le sont.

Un autre point invoqué par les intimés est le par. 178.16(3.1) qui vise, de prime abord, à élargir la recevabilité d'une communication privée interceptée. Ce paragraphe se lit comme suit:

**178.16 ...**

(3.1) Les communications privées qui ont été interceptées et qui sont admissibles en preuve peuvent être admises dans toutes procédures civiles ou criminelles ou dans toute autre affaire qui relève de la compétence du Parlement du Canada que ces procédures ou affaires soient reliées ou non à l'infraction décrite dans l'autorisation qui a donné lieu à l'interception.

L'argument des intimés repose, de toute évidence, sur les mots «qui sont admissibles en preuve» et puisque les enregistrements concernant le couple Popovich sont irrecevables contre eux, les intimés cherchent à miner l'application de cette disposition. Puisqu'on a décidé que la communication interceptée, si elle se rapporte à des accusations contre d'autres personnes, peut être reçue contre elles, je ne vois pas comment la position des intimés peut être maintenue. Qui plus est, le par. 178.16(3.1), de par ses derniers mots, semble viser une interception autorisée et n'aurait donc aucune application en l'espèce.

Le juge Miller a examiné et rejeté un certain nombre d'autres arguments à l'encontre de la demande d'assistance judiciaire. Un de ces arguments était que la demande visait l'application des lois américaines sur le revenu pour le motif qu'une déclaration de culpabilité d'évasion fiscale (il était

involved here) estopped a taxpayer from disputing his tax liability in any subsequent civil proceedings. Since what was involved in the application before him were criminal charges, Miller J. concluded, and rightly so, that there was no question of assisting in the collection of taxes by a foreign country.

A second submission in resisting an order under s. 43 was that some of the documents whose production was sought were in the possession of the Department of National Revenue and that only the Federal Court could make an order with respect to them and, moreover, they were in Saskatchewan, outside of the geographical jurisdiction of the Alberta Court. This objection was also overruled when it appeared that the Department was neutral on the matter and was only concerned to keep the originals. If an order for production was made, it would be for the Minister to consider whether the documents should be produced. The extraterritorial argument was met by applying the Alberta Rules of Court, in the absence of any rules under s. 48 of the *Canada Evidence Act*, and under those Rules, an order could be made for examination of a person resident outside the Province. Although nothing was said of compulsory process, Miller J. anticipated that counsel for the Department would co-operate to make an employee of the Department available with the relevant documents without the necessity of an order under the Alberta Rules.

Finally, an argument was mounted on the basis of *Criminal Code* s. 446 which was alleged to be a complete code for the retention and disposition of seized material. It will be recalled that an order had been made by Judge Rolf for a return of seized material to the original owners, being Royal American Shows Inc. and certain concessionaires, some of whom were defendants in the United States Court. If they had been returned, s. 47 of the *Canada Evidence Act* would have provided protection to persons being examined in a s. 43 hearing in respect of incriminating documents. At the time of the proceedings before Miller J. the

question en l'espèce d'accusations criminelles de cette nature) empêche un contribuable de contester son assujettissement à l'impôt dans toute autre poursuite civile ultérieure. Etant donné que la requête présentée devant lui se rapportait à des accusations criminelles, le juge Miller a conclu, à juste titre, qu'il n'était pas question d'aider un pays étranger à percevoir des impôts.

Un deuxième argument présenté à l'encontre d'un ordre en vertu de l'art. 43 était que certains des documents dont on demande la production sont en la possession du ministère du Revenu national et que seule la Cour fédérale peut rendre une ordonnance à leur égard et qui plus est, ils se trouvent en Saskatchewan, hors de la compétence territoriale de la cour albertaine. Cette objection a également été rejetée lorsqu'il est apparu que le Ministère ne se prononçait pas sur la question et voulait simplement conserver les originaux. Si on ordonne la production, il reviendra au Ministre de décider s'il y a lieu de produire les documents. On a répondu à l'argument de l'extra-territorialité en appliquant les règles de pratique en vigueur en Alberta, en l'absence de règles en vertu de l'art. 48 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et selon ces règles, on peut ordonner l'interrogatoire d'une personne résidant à l'extérieur de la province. Même si on n'a rien dit sur la façon de contraindre un témoin à témoigner, le juge Miller a compté sur la collaboration de l'avocat du Ministère pour qu'un fonctionnaire du Ministère se présente avec les documents pertinents sans qu'il soit nécessaire de rendre une ordonnance en vertu des règles en vigueur en Alberta.

Enfin, un argument s'appuyait sur l'art. 446 du *Code criminel* qu'on présentait comme un ensemble complet de règles applicables à la rétention et à la disposition des choses saisies. On se souviendra que le juge Rolf avait ordonné de retourner les documents saisis à leurs propriétaires initiaux, savoir Royal American Shows Inc. et certains concessionnaires dont quelques-uns étaient défendeurs devant la cour américaine. S'ils avaient été retournés, l'art. 47 de la *Loi sur la preuve au Canada* aurait protégé les personnes interrogées lors d'une audition en vertu de l'art. 43 au sujet des pièces à conviction. Au moment des procédures

order of Judge Rolf was under appeal and there was a further order of a judge of the Court of Queen's Bench, made on consent, that the material would be kept safe and undisturbed until the appeal was concluded. The point was, accordingly, taken that there was no right to disturb this consent order, especially when made by a judge of co-ordinate jurisdiction.

*Criminal Code*, s. 446 reads as follows:

**446.** (1) Where anything that has been seized under section 445 or under a warrant issued pursuant to section 443 is brought before a justice, he shall, unless the prosecutor otherwise agrees, detain it or order that it be detained, taking reasonable care to ensure that it is preserved until the conclusion of any investigation or until it is required to be produced for the purposes of a preliminary inquiry or trial, but nothing shall be detained under the authority of this section for a period of more than three months after the time of seizure unless, before the expiration of that period,

(a) a justice is satisfied on application that, having regard to the nature of the investigation, its further detention for a specified period is warranted and he so orders; or

(b) proceedings are instituted in which the thing detained may be required.

(2) When an accused has been committed for trial the justice shall forward anything to which subsection (1) applies to the clerk of the court to which the accused has been committed for trial to be detained by him and disposed of as the court directs.

(3) Where a justice is satisfied that anything that has been seized under section 445 or under a warrant issued pursuant to section 443 will not be required for any purpose mentioned in subsection (1) or (2), he may,

(a) if possession of it by the person from whom it was seized is lawful, order it to be returned to that person, or

(b) if possession of it by the person from whom it was seized is unlawful,

(i) order it to be returned to the lawful owner or to the person who is entitled to possession of it, or

devant le juge Miller, l'ordonnance du juge Rolf était portée en appel et un juge de la Cour du Banc de la Reine avait ordonné, avec le consentement des parties, de ne pas toucher aux documents et de les conserver en lieu sûr jusqu'à ce que l'appel soit tranché. On a donc fait valoir que rien ne justifiait une modification de cette ordonnance rendue avec le consentement des parties, en particulier lorsqu'elle a été rendue par un juge de juridiction chevauchante.

L'article 446 du *Code criminel* se lit comme suit:

**446.** (1) Lorsqu'une chose saisie aux termes de l'article 445 ou en vertu d'un mandat décerné conformément à l'article 443 est portée devant un juge de paix, ce dernier doit, à moins que le poursuivant ne convienne d'une autre procédure, retenir cette chose ou en ordonner la rétention, en prenant raisonnablement soin d'en assurer la conservation jusqu'à la conclusion de toute enquête ou jusqu'à ce que sa production soit requise aux fins d'une enquête préliminaire ou d'un procès; mais rien ne doit être retenu sous l'autorité du présent article durant une période excédant trois mois après la date de la saisie, à moins que, avant l'expiration de cette période,

a) un juge de paix ne soit convaincu, à la suite d'une demande, que, compte tenu de la nature de l'enquête, la prolongation de sa rétention pendant une période spécifiée est justifiée et qu'il ne l'ordonne; ou

b) des procédures n'aient été entamées au cours desquelles la chose retenue peut être requise.

(2) Lorsqu'un prévenu a été renvoyé pour subir son procès, le juge de paix doit faire parvenir toute chose à laquelle s'applique le paragraphe (1) au greffier de la cour devant laquelle le prévenu a été renvoyé pour subir son procès, afin que ce greffier la détienne et qu'il en soit disposé selon les instructions de la cour.

(3) Lorsqu'un juge de paix est convaincu qu'une chose saisie aux termes de l'article 445, ou en vertu d'un mandat décerné conformément à l'article 443, ne sera pas requise pour quelque fin mentionnée au paragraphe (1) ou (2), il peut,

a) en cas de légalité de la possession de cette chose par la personne entre les mains de qui elle a été saisie, ordonner qu'elle soit retournée à ladite personne, ou

b) en cas d'illégalité de la possession de cette chose par la personne entre les mains de qui elle a été saisie,

(i) ordonner qu'elle soit retournée au propriétaire légitime ou à la personne ayant droit à la possession de cette chose, ou



(ii) order it to be forfeited or otherwise dealt with in accordance with law, where the lawful owner or the person who is entitled to possession of it is not known.

(4) Nothing shall be disposed of under subsection (3) pending any proceeding in which the right of seizure is questioned, or within thirty days after an order is made under that subsection.

(5) Where anything is detained under subsection (1), a judge of a superior court of criminal jurisdiction or of a court of criminal jurisdiction may, on summary application on behalf of a person who has an interest in what is detained, after three clear days notice to the Attorney General, order that the person by or on whose behalf the application is made be permitted to examine anything so detained.

(6) An order that is made under subsection (5) shall be made on such terms as appear to the judge to be necessary or desirable to ensure that anything in respect of which the order is made is safeguarded and preserved for any purpose for which it may subsequently be required.

(7) A person who considers himself aggrieved by an order made under subsection (3) may appeal from the order to the appeal court, as defined in section 747, and for the purposes of the appeal the provisions of sections 749 to 760 apply, *mutatis mutandis*.

Miller J. felt that he should not or could not override the consent order, and hence he made a conditional disposition by postponing the hearing under s. 43 of the *Canada Evidence Act* until the appeal from Judge Rolf's order had taken place and a determination made. In my opinion, if the time period specified in s. 446(1) had not yet run, I would have had no hesitation in holding that the proceedings in the present case were "proceedings . . . in which the thing detained may be required", as stipulated in s. 446(1)(b). However, the three month period specified in s. 446(1) had long ago expired and, like Miller J., I do not think it would be proper to interfere with the consent order for the preservation of the seized material pending the disposition of the appeal from Judge Rolf's order.

(ii) ordonner qu'elle soit confisquée ou qu'il en soit disposé de quelque autre façon en conformité de la loi, lorsque n'est pas connu le propriétaire légitime, ni la personne ayant droit à la possession de cette chose.

a

(4) Il ne doit être disposé d'aucune chose sous le régime du paragraphe (3) en attendant la fin d'une procédure où le droit de saisie est contesté, ou dans les trente jours après qu'une ordonnance a été rendue en vertu dudit paragraphe.

b

(5) Lorsqu'une chose est détenue aux termes du paragraphe (1), un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle peut, sur demande sommaire de la part d'une personne qui a un intérêt dans la chose détenue, après un avis de trois jours francs au procureur général, ordonner qu'il soit permis à la personne par qui ou de la part de qui la demande est faite, d'examiner n'importe quelle chose ainsi détenue.

c

(6) Une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (5) doit être établie aux termes que le juge estime nécessaires ou désirables pour sauvegarder et préserver n'importe quelle chose à l'égard de laquelle l'ordonnance est rendue à toute fin pour laquelle cette chose peut être subséquemment requise.

d

(7) Une personne qui s'estime lésée par une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (3) peut appeler de l'ordonnance à la cour d'appel, définie à l'article 747, et, aux fins de l'appel, les dispositions des articles 749 à 760 s'appliquent *mutatis mutandis*.

e

Le juge Miller a estimé qu'il ne devait pas ou ne pouvait pas annuler l'ordonnance rendue avec le consentement des parties; il a donc pris une disposition conditionnelle en différant l'audition prévue par l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* jusqu'à ce que soit entendu et tranché l'appel de l'ordonnance du juge Rolf. A mon avis, si le délai prévu au par. 446(1) n'était pas déjà écoulé, je n'hésiterais pas à conclure que les procédures en l'espèce sont «des procédures . . . au cours desquelles la chose retenue peut être requise», comme le prévoit l'al. 446(1)(b). Cependant, la période de trois mois prescrite au par. 446(1) était expirée depuis longtemps et, à l'instar du juge Miller, je ne crois pas qu'il y a lieu de modifier l'ordonnance rendue, avec le consentement des parties, pour la préservation des documents saisis jusqu'à ce que soit tranché l'appel de l'ordonnance du juge Rolf.

f

g

h

i

j

Miller J. would otherwise have acted under s. 446(5) and (6) to order the production of the seized materials for the purposes of a hearing under s. 43 of the *Canada Evidence Act*, with proper safeguards for the preservation of the materials and for their ultimate return to their owners or for their use in the courts. He speculated that if the appeal from Judge Rolf's order was successful and the materials are then detained for possible further use by the Department of National Revenue in proceedings against the owners, he could make an order under s. 446(5). If the appeal failed and Judge Rolf's order (which directed return of the materials within thirty days after it becomes effective) stands, Miller J. felt that he could make an order under s. 446(5) within the thirty-day period for the purpose of an examination under s. 43 of the *Canada Evidence Act*. As matters stood at the time, he made the conditional order to which I referred above.

Events relevant to this case have taken place since Miller J. gave his reasons on September 13, 1979 and made his formal order on November 28, 1979 and I wish to review them. I referred earlier in these reasons to an order of Judge Rolf. It was made on February 26, 1979, and it purported to order the return of detained documents to their owners after a period of thirty days. It also authorized, purportedly under *Criminal Code*, s. 446(5), the States of Minnesota and Wisconsin to examine and copy the material. On March 2, 1979, Steer J. of the Alberta Court of Queen's Bench made a sealing order on consent in respect of the documents, and directed that Judge Rolf's order for their return be stayed until further order. Following an application by way of *certiorari* to quash Judge Rolf's order in favour of Minnesota and Wisconsin on the ground that he did not have jurisdiction to act under s. 446(5), Bowen J. made an order on May 30, 1979 setting aside that order of Judge Rolf.

Le juge Miller aurait par ailleurs ordonné, en vertu des par. 446(5) et (6), la production des documents saisis aux fins de l'audition en vertu de l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada*, en prenant les mesures qui s'imposent en vue de préserver les documents et de les retourner finalement à leurs propriétaires ou aux fins de leur utilisation devant les tribunaux. Il a estimé que si l'appel contre l'ordonnance du juge Rolf était accueilli et que si les documents étaient alors retenus pour que le ministère du Revenu national puisse ultérieurement s'en servir dans des poursuites contre leurs propriétaires, il pourrait rendre une ordonnance conformément au par. 446(5). Le juge Miller a estimé que, si l'appel était rejeté et que l'ordonnance du juge Rolf (qui ordonnait le retour des documents dans les trente jours suivant son entrée en vigueur) était maintenue, il pourrait rendre une ordonnance en vertu du par. 446(5) avant l'expiration de la période de trente jours aux fins d'un interrogatoire en vertu de l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Compte tenu de la situation à l'époque, il a rendu l'ordonnance conditionnelle mentionnée plus haut.

Des événements pertinents en l'espèce se sont produits depuis que le juge Miller a rendu ses motifs le 13 septembre 1979 et le dispositif de son ordonnance le 28 novembre 1979, et je tiens à les examiner. J'ai déjà parlé, dans les présents motifs, d'une ordonnance du juge Rolf. Elle a été rendue le 26 février 1979 et visait à retourner des documents saisis à leurs propriétaires à l'expiration d'une période de trente jours. Elle autorisait en outre, apparemment en vertu du par. 446(5) du *Code criminel*, les États du Minnesota et du Wisconsin à examiner ces documents et à les reproduire. Le 2 mars 1979, le juge Steer de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a ordonné, avec le consentement des parties, la mise sous scellés des documents et il a ordonné de surseoir jusqu'à nouvel ordre à l'ordonnance du juge Rolf enjoignant de les retourner. A la suite d'une requête par voie de *certiorari* visant à annuler l'ordonnance rendue par le juge Rolf en faveur des États du Minnesota et du Wisconsin, pour le motif qu'il n'avait pas compétence pour agir en vertu du par. 446(5), le juge Bowen a rendu, le 30 mai 1979, une ordonnance annulant celle du juge Rolf.

On October 23, 1979, Bowen J. made a further order directing that certain articles and documents be detained until such time as they may be used as required by the Attorney General of Canada in proceedings against certain of the applicants. On August 28, 1980, Purvis J. of the Alberta Court of Queen's Bench made a consent order for the delivery of the articles and documents in question here to the solicitor for Royal American Shows, Inc. and the individuals associated with that enterprise, but directed further that delivery be delayed until the appeal from the order of Miller J. is formally determined and delivery was to be subject also to such further order as might be made. Purvis J. also directed that the sealing order of Steer J. remain in effect until the delivery of the articles and documents as provided in his order, at which time the order would be vacated subject only to any further order in respect of the appeal pending to the Alberta Court of Appeal.

It appears, therefore, that Miller J.'s order was eclipsed by events, of which one at least (the order of Purvis J.) could not have been within his knowledge. Even if Judge Rolf's order had remained in force (and I should add that it was appealed by the Minister of National Revenue) the thirty-day period specified therein had long ago expired.

In the circumstances, I think it is open to this Court to make an appropriate order for a s. 43 hearing before former Justice Primrose on the terms reflected in the order of Miller J., as set out in paragraphs 1 to 5 thereof. If paragraph 6 of that order has already been acted on, nothing more need be said. If not, I would refer the matter to Miller J. for disposition.

In the result, I would allow the appeal, set aside the order of the Alberta Court of Appeal and direct an order in the terms prescribed by Miller J. as above mentioned. Despite the different results reached in the courts below, no costs were ordered. In these circumstances, I too would make no order

Le 23 octobre 1979, le juge Bowen a rendu une autre ordonnance enjoignant de retenir certains objets et documents jusqu'à ce que le procureur général du Canada puisse s'en servir, à son gré, dans des procédures intentées contre certains des requérants. Le 28 août 1980, le juge Purvis de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a ordonné, avec le consentement des parties, la remise des objets et des documents en question en l'espèce au procureur de Royal American Shows, Inc. et aux personnes associées à cette entreprise, mais il a ordonné en outre de surseoir à la remise jusqu'à ce que l'appel contre l'ordonnance du juge Miller soit officiellement tranché et il a également assujéti la remise à toute autre ordonnance ultérieure. Le juge Purvis a en outre prescrit que la mise sous scellés ordonnée par le juge Steer reste en vigueur jusqu'à ce que les objets et documents soient remis conformément à son ordonnance, auquel moment l'ordonnance serait annulée sous réserve uniquement de toute ordonnance ultérieure concernant l'appel en cours à la Cour d'appel de l'Alberta.

Il appert donc que l'ordonnance du juge Miller a été éclipsée par les événements qui se sont produits et qu'il se peut qu'il n'ait pas pris connaissance d'un de ceux-ci au moins (l'ordonnance du juge Purvis). Même si l'ordonnance du juge Rolf était restée en vigueur (et je dois ajouter qu'elle a fait l'objet d'un appel du ministre du Revenu national), la période de trente jours qui y était prescrite était expirée depuis longtemps.

Dans les circonstances, j'estime que cette Cour peut ordonner de la façon appropriée la tenue d'une audition en vertu de l'art. 43 devant l'ex-juge Primrose suivant les conditions prescrites aux alinéas 1 à 5 de l'ordonnance du juge Miller. Si on s'est déjà conformé à l'alinéa 6 de cette ordonnance, il n'y a rien à ajouter. Dans le cas contraire, je suis d'avis de renvoyer l'affaire devant le juge Miller pour qu'il en décide.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel de l'Alberta et de rendre une ordonnance aux conditions prescrites par le juge Miller qui sont mentionnées plus haut. Malgré les différents résultats obtenus dans les cours d'instance inférieure, il n'y a eu

as to costs.

aucune adjudication de dépens. Dans les circonstances, je suis d'avis de n'adjudger aucuns dépens.

*Appeal allowed.*

*Pourvoi accueilli.*

*Solicitors for the appellant: Shortreed, Shoctor, " a  
Edmonton.*

*Procureurs de l'appelante: Shortreed, Shoctor,  
Edmonton.*

*Solicitors for the applicant: Field & Field,  
Edmonton.*

*Procureurs du requérant: Field & Field,  
Edmonton.*

*Solicitors for the respondents: Macdonald,  
Spitz, Edmonton.*

*Procureurs des intimés: Macdonald, Spitz,  
Edmonton.*

**Robert Bryden** *Appellant*;

and

**The Canada Employment and Immigration Commission** *Respondent*.

File No.: 16233.

1981: April 3; 1982: March 18.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Unemployment insurance — Payments of vacation pay by employer into trust fund on behalf of employees — Appellant's trust benefits received while collecting unemployment insurance — Trust benefits allocated as earnings — Appellant's unemployment insurance benefits reduced — Whether payments from trust represented savings or vacation pay — Unemployment Insurance Regulations, SOR Cons. 1955, 2858, as amended, ss. 172(2), 173(1),(13),(14),(15),(16),(18) [currently C.R.C. 1978, c. 1576, ss. 57(2), 58(1),(13),(14),(15),(16),(18)].*

Appellant's collective agreement provided for the payments by employers of vacation pay into a trust fund on behalf of employees. These payments, representing 9 percent of each employee's wages after unemployment insurance and income tax deductions, were distributed regularly to the employee beneficiary semi-annually or on an irregular basis if so demanded. Appellant, who was laid off on February 13, 1977, received his accumulated employer payments from the trust fund on November 11, 1977. An unemployment Insurance Officer ruled that those benefits were so allocated as earnings pursuant to s. 173(16) of the *Unemployment Insurance Regulations* and thus affected appellant's unemployment insurance benefits. Appellant appealed to the Board of Referees which reversed the decision. Respondent appealed to the Umpire who set aside the decision of the Board and restored the decision of the Unemployment Insurance Officer. Appellant's application to the Federal Court of Appeal was dismissed.

*Held:* The appeal should be allowed.

The accumulated trust monies represented a direct savings made by the appellant. When the 9 percent of

**Robert Bryden** *Appellant*;

et

**La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada** *Intimée*.

N° du greffe: 16233.

1981: 3 avril; 1982: 18 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Assurance-chômage — Versement de la paye de vacances par l'employeur à un fonds de fiducie au nom des employés — L'appelant a reçu le versement du fonds de fiducie alors qu'il touchait des prestations d'assurance-chômage — Versement du fonds de fiducie assimilé à une rémunération — Diminution des prestations d'assurance-chômage de l'appelant — Le versement du fonds de fiducie représente-t-il des épargnes ou une paye de vacances? — Règlement sur l'assurance-chômage, DORS Cod. 1955, 2858, modifié, art. 172(2), 173(1), (13), (14), (15), (16), (18) [actuellement C.R.C. 1978, chap. 1576, art. 57(2), 58(1), (13), (14), (15), (16), (18)].*

La convention collective de l'appelant prévoyait le versement de la paye de vacances par l'employeur à un fonds de fiducie au nom des employés. Ces paiements, qui représentaient 9 pour cent du salaire de chaque employé après déduction des primes d'assurance-chômage et de l'impôt sur le revenu, étaient remis sur une base régulière à l'employé bénéficiaire deux fois par année, ou sur une base irrégulière à la demande de l'employé. L'appelant, qui a été congédié le 13 février 1977, a reçu le 11 novembre 1977 du fonds de fiducie les paiements versés par l'employeur. Un fonctionnaire de la Commission de l'emploi et de l'immigration a décidé que ces sommes devaient être considérées comme une rémunération en application du par. 173(16) du *Règlement sur l'assurance-chômage* et avaient une incidence sur les prestations d'assurance-chômage de l'appelant. L'appelant a fait appel au conseil arbitral qui a infirmé la décision. L'intimée a fait appel au juge-arbitre qui a infirmé la décision du conseil arbitral et a rétabli la décision du fonctionnaire de l'assurance-chômage. La demande de l'appelant à la Cour d'appel fédérale a été rejetée.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Les sommes accumulées en fiducie représentaient des épargnes directes de l'appelant. Lorsque les 9 pour cent

the employee's wages was paid to the trustees it became subject to the terms of the trust dealing with disbursement. These circumstances disclose that the appellant had a beneficial interest in these monies capable of being converted into a real interest. National Revenue's Interpretation Bulletin No. IT-389, para. 8 bears out this interpretation.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1980), 34 N.R. 228, [1981] 2 F.C. 91, affirming the decision of an Umpire, CUB 5467, which allowed an appeal by the respondent from a decision of the Board of Referees and restored the decision of the Unemployment Insurance Officer. Appeal allowed.

*Raymond Koskie, Q.C., and Mark Zigler, for the appellant.*

*W. I. C. Binnie, Q.C., and Brian Evernden, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal (1980), 34 N.R. 228, [1981] 2 F.C. 91, affirming the decision of an Umpire whereby it had been held that money received by the appellant in November 1977 was vacation pay, notwithstanding the fact that it was composed of accumulations paid by his employer to a trust fund. Money so accumulated was made up of payments of 9 percent of the appellant's wages after deductions had been made for unemployment insurance and income tax.

The judgment of the Federal Court of Appeal dismissed an application under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to set aside a decision and order made by an Umpire under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, 1970-71-72 (Can.), c. 48 as amended. The decision of the Umpire rendered in February, 1979 allowed an appeal by the respondent from a decision of the Board of Referees under the *Unemployment Insurance Act, 1971* in favour of the appellant.

du salaire de l'employé ont été payés aux fiduciaires, ce paiement était assujéti aux conditions de la fiducie relatives au paiement aux employés. Ces circonstances indiquent que l'appelant avait à l'égard de ces sommes un droit à titre de bénéficiaire susceptible d'être converti en droit de propriété véritable. Le paragraphe 8 du Bulletin d'interprétation n° IT-389 du Revenu national confirme cette interprétation.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1980), 34 N.R. 228, [1981] 2 C.F. 91, confirmant la décision d'un juge-arbitre, CUB 5467, qui a accueilli l'appel de l'intimée à l'encontre d'une décision du conseil arbitral et qui a rétabli la décision d'un fonctionnaire de l'assurance-chômage. Pourvoi accueilli.

*Raymond Koskie, c.r., et Mark Zigler, pour l'appellant.*

*W. I. C. Binnie, c.r., et Brian Evernden, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1980), 34 N.R. 228, [1981] 2 C.F. 91, qui a confirmé la décision d'un juge-arbitre portant que la somme reçue par l'appelant au mois de novembre 1977 était une paye de vacances, même si cette somme provenait des contributions versées par son employeur à un fonds de fiducie. La somme accumulée provenait des paiements de 9 pour cent du salaire de l'appelant après déduction de l'impôt sur le revenu et de l'assurance-chômage.

L'arrêt de la Cour d'appel fédérale a rejeté une demande introduite en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision et d'une ordonnance d'un juge-arbitre rendue conformément à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, 1970-71-72 (Can.), chap. 48 et modifications. La décision du juge-arbitre rendue en février 1979 a accueilli l'appel formé par l'intimée contre la sentence du conseil arbitral prononcée en faveur de l'appelant en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

I find the facts of this case to be very confusing and they are made no clearer by having to be considered against a background of highly technical and specialized legislative draughtsmanship. Happily, however, the facts are not in dispute being set out in the factum of the appellant and accepted as "substantially accurate" by the respondent. In order to consider the question raised by this appeal I think it convenient to set out those facts as the parties have accepted them in the following terms:

The Appellant, Robert Bryden, is and remains a member of the International Brotherhood of Boilermakers, Iron Ship Builders, Blacksmith, Forgers and Helpers, Local 128 ('the Union').

At all material times, the Boilermakers Contractors' Association (Ontario) ('the Association') and the Union were party to a collective agreement effective July 1st, 1973 ('the Collective Agreement'). Article 21.00 of the Collective Agreement provided for the payment of vacation pay into a trust fund on behalf of employees of employers who are members of the Association and on behalf of the employees of any other employer who signs a Participation Agreement.

By an Agreement and Declaration of Trust ('the Trust Agreement') between the Union and three trustees ('the Trustees'), the Boilermakers Vacation Pay Trust Fund—Ontario ('the Trust Fund') was established.

Pursuant to the provisions of the Collective Agreement and in accordance with the terms and conditions of the Trust Agreement, an employer was required to pay *Nine (9) percent of each employee's wages to the Trustees, having first made certain deductions from each employee's gross earnings*, including deductions for Income Tax and Unemployment Insurance premiums. Such payments by employers to the Trust Fund, defined as 'contributions' under the Trust Agreement, are '... received by the Trust Fund on behalf of such employee from contributing Individual Employers ...'. These employer payments on behalf of each employee beneficiary of the Trust Fund such as the Appellant, are accumulated in the Trust Fund and are distributed regularly to the employee beneficiary semi-annually on or about June 15 and November 15 of each year. In addition, at any one occasion during the fiscal year of the Trust Fund, an employee may make application to the Trustees to have vacation pay paid to him on an irregular basis.

On or about February 13, 1977, the Appellant was terminated by his employer, Sombra Welding, by whom

Les faits en l'espèce sont, à mon avis, très confus et leur examen dans le contexte d'une rédaction législative hautement technique et spécialisée est loin de clarifier la situation. Heureusement, cependant, les faits qui ne sont pas contestés sont énoncés dans le mémoire de l'appellant d'une façon que l'intimée estime «essentiellement exacte». Afin d'examiner la question que soulève le présent pourvoi, j'estime à propos de reproduire l'exposé des faits que les parties ont accepté:

[TRADUCTION] L'appellant, Robert Bryden, est membre de la Fraternité internationale des chaudronniers, constructeurs de navires en fer, forgerons, forgeurs et aides, section locale 128 («le syndicat»).

A toutes les époques en cause, la Boilermakers Contractors' Association (Ontario) («l'association») et le syndicat étaient liés par une convention collective entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1973 («la convention collective»). L'article 21.00 de la convention collective prévoyait le versement de la paye de vacances à un fonds de fiducie au nom des employés des membres de l'association et au nom des employés de tout autre employeur qui signe une convention de participation.

Le fonds de fiducie de la paye de vacances des chaudronniers de l'Ontario («le fonds de fiducie») a été établi en vertu d'une convention et déclaration de fiducie («l'acte de fiducie») intervenue entre le syndicat et trois fiduciaires («les fiduciaires»).

Conformément aux dispositions de la convention collective et de l'acte de fiducie, un employeur était tenu de verser *neuf (9) pour cent du salaire de chaque employé aux fiduciaires, après avoir fait certaines déductions du salaire brut de chaque employé*, y compris les déductions de l'impôt sur le revenu et des primes d'assurance-chômage. Ces paiements faits par les employeurs au fonds de fiducie, appelés «contributions» dans l'acte de fiducie, sont «... versés par chaque employeur participant au fonds de fiducie au nom de ces employés ...». Ces paiements de l'employeur au nom de chaque employé bénéficiaire du fonds de fiducie, tel l'appellant, sont versés au fonds de fiducie et sont remis sur une base régulière à l'employé bénéficiaire deux fois par année, le 15 juin et le 15 novembre de chaque année ou vers ces dates. En outre, à un moment quelconque au cours de l'année financière du fonds de fiducie, un employé peut demander aux fiduciaires de lui verser une paye de vacances à une autre date.

Le 13 février 1977 ou vers cette date, Sombra Welding, qui employait l'appellant au salaire hebdomadaire

the Appellant was employed pursuant to the terms of the Collective Agreement at an average weekly rate of pay of Five Hundred and Nine (\$509.00) Dollars per week. The Appellant was terminated due to a lay-off because of the reduction of the work force.

The Appellant completed an Application for Benefit dated February 14th, 1977 for Unemployment Insurance Benefits.

On or about November 11th, 1977, the Appellant received his accumulated employer payments or contributions from the Trust Fund in the amount of Eight Hundred and Seventy-six Dollars and Sixty-two (\$876.62) Cents.

On April 7th, 1978, an Insurance Officer of the Canada Employment and Immigration Commission ruled that benefits paid to the Appellant from the Trust Fund were to be allocated as earnings in the amounts of Five Hundred and Nine (\$509.00) Dollars for the week commencing November 6th, 1977 and Two Hundred and Sixty-eight (\$268.00) Dollars for the week commencing November 13th, 1977, pursuant to Section 173(16) of the *Unemployment Insurance Regulations*, P.C. 1954-2064, S.O.R. Consolidation, 1955, p. 2858, as amended, ('the Regulations') (presently Section 58(16) of the Regulations, C.R.C. amounts from benefits payable pursuant to Section 172(2) of the Regulations (presently Section 57(2) of the Regulations).

On April 14th, 1978, the Appellant appealed the Decision of the Insurance Officer to the Board of Referees.

On May 29th, 1978, the Board of Referees reversed the Decision of the Insurance Officer, allowed the appeal of the Appellant and stated as follows:

'... It was explained that the Nine (9%) percent designated as vacation pay was actually a direct saving by the employees which was paid to a trust fund distributed to each employee twice a year. These monies had already been taxed for income tax as shown on the T-4 form and also deductions for Unemployment Insurance premiums had been made. Therefore, in no way was it vacation pay as designated by the Unemployment Insurance Act. The Board was unanimous in their conclusion that the determination of earnings as shown in Exhibit #3 was not properly made as those earnings were strictly part of the employees' savings and any amounts claimed as vacation pay were strictly savings. We are applying Paragraph 173(18) and we are agreed that the allocation of the amount should be allocated to the pay period ending September 30th, 1977.'

moyen de cinq cent neuf dollars (\$509) conformément à la convention collective, l'a congédié. Son congédiement était dû à une mise à pied visant à diminuer le nombre d'employés.

a

Le 14 février 1977, l'appelant a rempli une demande de prestations d'assurance-chômage.

b

Le 11 novembre 1977 ou vers cette date, l'appelant a reçu du fonds de fiducie les paiements ou contributions versés par l'employeur, soit huit cent soixante-seize dollars et soixante-deux cents (\$876.62).

c

Le 7 avril 1978, un fonctionnaire de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada a décidé que les sommes versées à l'appelant, provenant du fonds de fiducie, devaient être attribuées, à titre de rémunération, à raison de cinq cent neuf dollars (\$509) à la semaine commençant le 6 novembre 1977 et de deux cent soixante-huit dollars (\$268) à la semaine commençant le 13 novembre 1977, en application du par. 173(16) du *Règlement sur l'assurance-chômage*, C.P. 1954-2064, D.O.R.S. 1955, p. 2858, modifié, («le Règlement») (maintenant le par. 58(16) de la Codification des règlements du Canada) et devaient être déduites des prestations payables conformément au par. 172(2) du Règlement (maintenant le par. 57(2) du Règlement).

d

Le 14 avril 1978, l'appelant a fait appel de la décision du fonctionnaire de l'assurance-chômage au conseil arbitral.

e

Le 29 mai 1978, le conseil arbitral a infirmé la décision du fonctionnaire de l'assurance-chômage et a accueilli l'appel de l'appelant en disant:

f

«... On a expliqué que la somme que représentent les neuf pour cent (9%), appelée paye de vacances, était en fait une épargne directe des employés qui était versée à un fonds de fiducie et remise à chaque employé deux fois l'an. On avait déjà déduit de ces sommes l'impôt sur le revenu, comme l'indique la formule T-4, et les cotisations d'assurance-chômage. Ce n'était donc pas une paye de vacances au sens de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Les membres du conseil sont unanimes à conclure que la rémunération qui figure à la pièce 3 n'a pas été définie avec justesse parce que cette rémunération fait strictement partie des épargnes des employés et que les sommes appelées paye de vacances sont strictement des épargnes. Nous appliquons le par. 173(18) et nous sommes d'accord pour attribuer cette somme à la période de paye se terminant le 30 septembre 1977.»



On June 15th, 1978, the Respondent appealed the decision of the Board of Referees to the Umpire.

The Umpire, by decision dated February 20th, 1979, allowed the appeal of the Respondent, set aside the decision of the Board of Referees and restored the decision of the Insurance Officer.

In reversing the Board of Referees, the Umpire held that the payment from the Trust Fund to the Appellant was a payment of vacation pay and not accumulated savings despite finding that:

'... by remitting vacation pay to the Trustees for the purposes of the fund the employer has done all that he will ever be called upon to do to comply with the law with respect to vacation pay...'

By Originating Notice dated November 21, 1979, the Appellant made Application under Section 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside the decision of the Umpire. The said Application was heard by the Court of Appeal at Toronto on March 13, 1980 and a Judgment was delivered on June 23, 1980 dismissing the Application.

(Emphasis is mine.)

In the course of his reasons for judgment rendered on behalf of the Federal Court of Appeal, Mr. Justice Ryan adopted the following passages from the decision of the Umpire:

There is no doubt that the money paid in this case was income arising out of his employment and earnings to be taken into account for the purpose of determining whether an interruption of earnings had occurred and the amount to be deducted from benefits payable (Section 172(2) of the Regulations).

The situation we are dealing with fits exactly into the provisions of subsection 16. The money was paid to the claimant between November 4 and 15, 1977. His average weekly earnings had been \$509.00. The Insurance Officer allocated \$509.00 to the week beginning November 6 and the balance to the following week. Subsection (18) therefore is irrelevant, as it is expressly applicable where subsections (1) to (17) do not apply.

The only real dispute in this case has been whether the money received by him in November 1977 was vacation pay or whether it was really savings of his own money, having been converted from vacation pay to savings when on successive pay days it was paid to the

Le 15 juin 1978, l'intimée en a appelé de la décision du conseil arbitral au juge-arbitre.

Dans une décision en date du 20 février 1979, le juge-arbitre a accueilli l'appel de l'intimée, infirmé la décision du conseil arbitral et rétabli la décision du fonctionnaire de l'assurance-chômage.

En infirmant la décision du conseil arbitral, le juge-arbitre a conclu que les sommes versées à l'appellant après prélèvement sur le fonds de fiducie représentaient une paye de vacances et non des épargnes accumulées, même s'il a constaté que:

«... en remettant la paye de vacances aux fiduciaires pour qu'elle soit versée au fonds, l'employeur a fait tout ce qu'il avait à faire pour respecter la loi en ce qui a trait à la paye de vacances...»

Par avis introductif d'instance en date du 21 novembre 1979, l'appellant a introduit une demande en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant l'examen et l'annulation de la décision du juge-arbitre. La Cour d'appel a entendu cette demande à Toronto le 13 mars 1980 et l'a rejetée dans un jugement en date du 23 juin 1980.

(Les italiques sont de moi.)

Dans les motifs de l'arrêt qu'il a rendu au nom de la Cour d'appel fédérale, le juge Ryan a adopté les passages suivants de la décision du juge-arbitre:

Nul doute que les sommes versées dans le cas qui nous occupe représentaient un revenu découlant d'un emploi et une rémunération dont il fallait tenir compte pour déterminer s'il y avait eu arrêt de rémunération et pour fixer le montant à déduire des prestations payables (paragraphe 172(2) des Règlements).

La situation qui nous occupe à l'heure actuelle cadre exactement avec les dispositions du paragraphe 16. Les sommes ont été versées au prestataire entre le 4 et le 15 novembre 1977. Sa rémunération hebdomadaire moyenne avait été de \$509. Le fonctionnaire de l'assurance a attribué \$509 à la semaine commençant le 6 novembre et le reste à la semaine suivante. Par conséquent, le paragraphe (18) est inopérant puisqu'il n'est applicable que lorsque les paragraphes (1) à (17) ne le sont pas.

La seule véritable question en litige consistait à déterminer si les sommes que le prestataire avait reçues en novembre 1977 représentaient une paye de vacances ou s'il s'agissait réellement d'économies personnelles qui, de paye de vacances avaient été converties en économies

Trustees. As indicated above, in my view, the money continued to be vacation pay throughout.

I see no reason to disagree with the Umpire's conclusion that '... the money continued to be vacation pay throughout'.

An understanding of these passages requires a consideration of the *Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1576, to which the Umpire made reference. The relevant regulations read as follows:

S. 172(2) (Currently Section 57(2)): Subject to this section, the earnings to be taken into account for the purpose of determining whether an interruption of earnings has occurred and the amount to be deducted from benefits payable, under section 26, subsection 29(4) and subsection 30(5) of the Act and for all other purposes related to the payment of benefit under Part II of the Act, are

(a) the entire income of a claimant arising out of any employment;

S. 173(1) (Currently Section 58(1)): The earnings of a claimant as determined under section 172 shall be allocated to weeks in the manner described in this section and for the purposes mentioned in subsection 172(2) shall be the earnings of the claimant for those weeks.

S. 173(13), (14), (15), (16), (18) (Currently Section 58(13), (14), (15), (16), (18)):

(13) Holiday pay or vacation pay of a claimant shall be allocated to such number of consecutive weeks, beginning with the first week that is wholly or partly within his holiday period, as will ensure that the claimant's earnings in each of those weeks, except the last, are equal to the weekly rate of his normal earnings from his employer or former employer.

(14) Notwithstanding subsection (13), holiday pay or vacation pay, other than for a day referred to in subsection (12),

(a) that is paid or payable to a claimant at the time of his lay-off or separation from employment or prior thereto in contemplation of the lay-off or separation, and

(b) that is not allocated to any specific weeks of holidays or vacation that occurred prior to the lay-off or separation

après avoir été versées aux fiduciaires, les jours qui ont suivi la paye. Comme je l'ai mentionné ci-dessus, les sommes n'ont jamais cessé de représenter une paye de vacances.

a Je ne vois aucune raison de ne pas convenir avec le juge-arbitre que «( ...) les sommes n'ont jamais cessé de représenter une paye de vacances».

Pour comprendre ces passages, il convient d'examiner le *Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C. 1978, chap. 1576, dont le juge-arbitre fait mention. Les dispositions pertinentes se lisent comme suit:

Par. 172(2) (le par. 57(2) actuel): Sous réserve du présent article, la rémunération dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu un arrêt de rémunération et quel est le montant à déduire des prestations payables, en vertu de l'article 26, du paragraphe 29(4) et du paragraphe 30(5) de la Loi et à toutes autres fins relatives au paiement des prestations en vertu de la Partie II de la Loi, comprend

a) le revenu intégral du prestataire provenant de tout emploi;

e Par. 173(1) (le par. 58(1) actuel): La rémunération d'un prestataire, déterminée conformément à l'article 172, doit être répartie sur un certain nombre de semaines, de la manière prévue par le présent article et, aux fins mentionnées au paragraphe 172(2), est la rémunération du prestataire pour ces semaines.

f Les par. 173(13), (14), (15), (16), (18) (les par. 58(13), (14), (15), (16), (18) actuels):

(13) La rémunération ou la paye de vacances doit être répartie sur un nombre de semaines consécutives de façon que la rémunération du prestataire, pour chacune de ces semaines, sauf la dernière, soit égale au taux hebdomadaire de la rémunération normale reçue de son employeur ou de son ancien employeur, la première de ces semaines étant la première semaine comprise entièrement ou partiellement dans la période de vacances du prestataire.

(14) Nonobstant le paragraphe (13), la rémunération ou la paye de vacances, autre que celle qui est versée pour un jour mentionné au paragraphe (12),

i a) qui est payée ou payable au prestataire au moment de son licenciement ou de sa cessation d'emploi, ou avant, en prévision de ce licenciement ou de cette cessation d'emploi, et

j b) qui n'est pas répartie sur des semaines particulières de vacances ayant eu lieu avant le licenciement ou la cessation d'emploi,

shall be allocated to such number of consecutive weeks, beginning with the first week in which the lay-off or separation occurs, as will ensure that the claimant's earnings in each of those weeks, except the last, are equal to the weekly rate of his normal earnings from his employer or former employer.

(15) Notwithstanding subsection (14), where a general continuous holiday period occurs at the place where a claimant is employed and that holiday period commences within six weeks after the claimant's lay-off or separation, holiday pay or vacation pay described in subsection (14) shall be allocated to weeks as described in that subsection beginning with the first week of the continuous holiday period.

(16) Where the earnings described in subsections (9) and (14) are paid after a claimant's lay-off or separation occurs and have not been allocated pursuant to subsections (9), (10), (13), (14) or (15), those earnings shall be allocated to such number of consecutive weeks, beginning with the week in which those earnings are paid, as will ensure that the claimant's earnings in each of those weeks, except the last, are equal to the weekly rate of his normal earnings from his employer or former employer.

(18) Where a claimant has earnings to which subsections (1) to (16) do not apply, those earnings shall be allocated,

(a) if they arise from the performance of services, to the period in which the services were performed; and

(b) if they arise from a transaction, to the week in which the transaction occurred.

In my opinion, when the 9 percent of the employee's wages was paid to the trustees by the employer, it gave rise to a beneficial interest in the employee and this payment, having been made after deduction of income tax and unemployment insurance premiums, became subject to the terms of the trust requiring disbursement by the trustees on two fixed dates in the year and also payment to the employee on an irregular basis if he so demanded. In my opinion it is these circumstances which disclose that the appellant had a beneficial interest in these monies capable of being converted into a real interest. The trust monies so accumulated in the hands of the trustees represented savings

doit être répartie sur un nombre de semaines consécutives de façon que la rémunération du prestataire, pour chacune de ces semaines, sauf la dernière, soit égale au taux de la rémunération hebdomadaire normale reçue de son employeur, la première de ces semaines étant celle au cours de laquelle le licenciement ou la cessation d'emploi a lieu.

(15) Nonobstant le paragraphe (14), lorsqu'une période de vacances générales et continues survient au lieu de travail d'un prestataire et que cette période de vacances commence dans les six semaines qui suivent le licenciement ou la cessation d'emploi du prestataire, la rémunération ou la paye de vacances visée au paragraphe (14) doit être répartie sur des semaines de la manière prévue par ce paragraphe, en commençant par la première semaine de la période de vacances continues.

(16) Lorsque la rémunération visée aux paragraphes (9) et (14) est payée après le licenciement ou la cessation d'emploi d'un prestataire et n'a pas été répartie conformément au paragraphe (9), (10), (13), (14) ou (15), elle doit être répartie sur un nombre de semaines consécutives de façon que la rémunération du prestataire pour chacune de ces semaines, sauf la dernière, reçue de son employeur ou de son ancien employeur, soit égale au taux de la rémunération hebdomadaire normale reçue de cet employeur ou de cet ancien employeur, la première de ces semaines étant celle au cours de laquelle cette rémunération est payée.

(18) La rémunération d'un prestataire, dont la répartition n'est pas prévue par les paragraphes (1) à (16), doit être répartie

a) si elle est reçue en échange de services, sur la période pendant laquelle ces services ont été fournis; et

b) si elle résulte d'une opération, sur la semaine au cours de laquelle s'est produite cette opération.

A mon avis, lorsque les 9 pour cent du salaire de l'employé ont été payés par l'employeur aux fiduciaires, l'employé a acquis un droit à titre bénéficiaire à leur égard et ce paiement fait après déduction de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-chômage était assujéti aux conditions de la fiducie exigeant que les fiduciaires fassent le versement à deux dates fixes dans l'année et qu'ils le payent aussi à l'employé à une autre date s'il le demandait. A mon avis, ce sont ces circonstances qui indiquent que l'appellant avait à l'égard de ces sommes un droit à titre de bénéficiaire susceptible d'être converti en droit de propriété véritable. Les sommes que les fiduciaires ont accumulées en fidu-

made by the appellant. In reaching the conclusion that the fund was not made up of vacation pay, I am in agreement with the reasons for the decision reached by the Board of Referees to which I have already referred and I would adopt that portion of those reasons where it is stated that: "... the 9% designated as vacation pay was actually a direct savings by the employees which was paid into a trust fund distributed to each employee twice a year."

This interpretation is borne out by the terms of paragraph 8 of Interpretation Bulletin No. IT-389 issued by the Department of National Revenue and entitled "Vacation-with-Pay Plans established under Collective Agreements" which reads as follows:

8. An employer's contributions to the trust in respect of vacation credits of a particular employee are included in the employee's income in the year during which the contribution is made. The contribution is subject to income tax withholding as though the amount had been paid directly to the employee. Subsequent payments to him by the trust out of those contributions are received by him free of tax.

Having regard to all the above I would allow this appeal and restore the decision of the Board of Referees. The appellant is entitled to the costs of this appeal.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Robins and Partners, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

cie représentaient des épargnes de l'appellant. En venant à la conclusion que le fonds n'était pas constitué de paye de vacances, j'opine aux motifs de la décision du conseil arbitral que j'ai déjà mentionnés et j'en adopte l'extrait suivant «... la somme que représentent les neuf pour cent (9%), appelée paye de vacances, était en fait une épargne directe des employés qui était versée à un fonds de fiducie et remise à chaque employé deux fois l'an.»

Cette interprétation est confirmée par les termes du paragraphe 8 du Bulletin d'interprétation n° IT-389 publié par le ministère du Revenu national et intitulé «Régimes de congés payés établis en vertu de conventions collectives» qui se lit comme suit:

8. Les contributions versées par l'employeur à la fiducie relativement aux crédits de congé d'un employé donné sont incluses dans le revenu de l'employé pour l'année au cours de laquelle la contribution est faite. La contribution est imposable à la source comme si la somme était versée directement à l'employé. Les paiements versés ultérieurement à l'employé par la fiducie à même lesdites contributions ne sont pas imposables entre les mains de l'employé.

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi et de rétablir la décision du conseil arbitral. L'appellant a droit aux dépens de ce pourvoi.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appellant: Robins and Partners, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.*

**Metropolitan Toronto Police Association**  
*Appellant;*

and

**The Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police** *Respondent.*

File No.: 16544.

1982: March 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Police — Arbitration — Jurisdiction — Dismissal on probation — Working conditions, other than those governed by regulations, subject to negotiation — Collective agreement requiring reasonable cause for discharge — Regulation governing discharge of probationary constables — Arbitrator's jurisdiction to hear grievance.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 121 D.L.R. (3d) 674, 32 O.R. (2d) 252, dismissing an appeal from a judgment of the Divisional Court quashing an arbitration award. Appeal dismissed.

*Barrie D. Chercover*, for the appellant.

*R. M. Parker* and *I. N. McLean*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Parker and Mr. McLean. We are all of the opinion that there is no reversible error in the judgment of the Ontario Court of Appeal, and this appeal is accordingly dismissed with costs.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: McLean, Chercover, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: A. P. G. Joy, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Dennis W. Brown, Toronto.*

**Metropolitan Toronto Police Association**  
*Appelante;*

et

**The Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police** *Intimée.*

N° du greffe: 16544.

1982: 23 mars.

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

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

*Police — Arbitrage — Compétence — Congédiement au cours du stage — Les conditions de travail autres que celles régies par les règlements peuvent être négociées — La convention collective exige un motif raisonnable de congédiement — Règlement qui régit le congédiement des policiers stagiaires — Compétence de l'arbitre à entendre le grief.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 121 D.L.R. (3d) 674, 32 O.R. (2d) 252, qui a rejeté l'appel d'un jugement de la Cour divisionnaire qui a annulé une sentence arbitrale. Pourvoi rejeté.

*Barrie D. Chercover*, pour l'appelante.

*R. M. Parker* et *I. N. McLean*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il ne nous est pas nécessaire de vous entendre, M<sup>e</sup> Parker et M<sup>e</sup> McLean. Nous sommes tous d'avis que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ne comporte aucune erreur donnant lieu à cassation. Le pourvoi est par conséquent rejeté avec dépens.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante: McLean, Chercover, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: A. P. G. Joy, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Dennis W. Brown, Toronto.*

**Anastasia Rubis** *Appellant in continuance of suit;*

and

**Gray Rocks Inn Limited** *Respondent.*

File No.: 14147.

1981: March 11; 1982: April 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Negligence — Girl falling from hotel window — Function of screen — Radiator in front of window trap or apparent danger — Presumption of art. 1054 C.C. — Special provisions of art. 1055 C.C. — Mistake to refer to common law categories of invitee, licensee and trespasser in civil law — Role of an appellate court — Civil Code, arts. 1053, 1054, 1055.*

On September 2, 1964 appellant, who was then four years old, was injured by falling from a window of the hotel operated by respondent. Appellant apparently managed to climb onto a radiator located under the window, leaned against the screen and the latter gave way. The Superior Court held that the screen was defective and, relying expressly on arts. 1054 and 1055 and by implication on art. 1053 of the *Civil Code*, held respondent liable. The Court of Appeal reversed this judgment.

*Held* (Estey and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Beetz, Chouinard and Lamer JJ.: The Court of Appeal properly undertook to review the conclusions to be drawn from the facts as found by the trial judge. In imposing on respondent the very heavy burden of the presumption created by art. 1054 C.C., the judge committed a grave error capable of vitiating his conclusions. Article 1054 does not apply when the damage results not from the action of the thing itself but from the action of the person who has control over it.

Article 1055 is also not applicable, because the construction defect and the want of repairs covered by this provision must be looked at in light of the purpose for which the building is to be used. The uncontradicted evidence established that the only purpose of the screen is to prevent mosquitoes and birds from getting into the room, not to protect its occupants from a possible fall. The accident therefore occurred because the screen was

**Anastasia Rubis** *Appelante en reprise d'instance;*

et

<sup>a</sup> **Gray Rocks Inn Limited** *Intimée.*

N° du greffe: 14147.

1981: 11 mars; 1982: 5 avril.

<sup>b</sup> Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>c</sup> *Responsabilité — Chute d'une fillette par la fenêtre d'un hôtel — Fonction d'un moustiquaire — Calorifère devant la fenêtre piège ou danger apparent — Présomption de l'art. 1054 C.c. — Particularités de l'art. 1055 C.c. — Erreur d'invoquer en droit civil les catégories d'invitee, licensee et trespasser de la common law — Rôle d'une cour d'appel — Code civil, art. 1053, 1054, 1055.*

<sup>e</sup> Le 2 septembre 1964, l'appelante, alors âgée de quatre ans, s'est blessée en tombant d'une fenêtre de l'hôtel exploité par l'intimée. L'appelante aurait réussi à se hisser sur un calorifère situé sous la fenêtre et se serait appuyée sur le moustiquaire qui aurait cédé. La Cour supérieure a conclu à la défectuosité du moustiquaire et, se fondant expressément sur les art. 1054 et 1055 et implicitement sur l'art. 1053 du *Code civil*, a retenu la responsabilité de l'intimée. La Cour d'appel a infirmé le jugement.

<sup>f</sup> *Arrêt* (les juges Estey et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

<sup>g</sup> Les juges Beetz, Chouinard et Lamer: C'est à bon droit que la Cour d'appel a procédé à une nouvelle appréciation des conclusions à tirer des faits déterminés par le premier juge. Celle-ci, en imposant à l'intimée le fardeau très lourd de la présomption de l'art. 1054 C.c. a commis une grave erreur susceptible de vicier ses conclusions. L'article 1054 ne s'applique pas quand le dommage résulte non pas du fait de la chose elle-même mais du fait de la personne qui en a le contrôle.

<sup>h</sup> L'article 1055 est également inapplicable car le vice de construction et le défaut d'entretien visés par cette disposition doivent s'apprécier à la lumière de la destination du bâtiment. Or la preuve non contredite a démontré que la seule fonction d'un moustiquaire est d'empêcher les moustiques et les oiseaux de pénétrer dans la chambre et non de protéger les occupants contre une chute possible. L'accident est donc survenu parce que

used for a purpose contrary to that for which it was intended.

The positioning of the window and the radiator did not constitute a trap making the occupier liable under art. 1053 C.C. A trap is in general an intrinsically dangerous situation, and the danger should not be apparent but hidden. In the case at bar, if the situation of the premises involved a danger, since the radiator facilitated access to the window, then the danger was apparent and it was the victim's parents who had a duty to protect her.

*Per Estey and McIntyre JJ., dissenting:* There appears to be no basis in the factual record for the Court of Appeal either to interfere with the decision and conclusions of the trial judge and to disregard the critical finding, based on the evidence, that the accident occurred because the screen "was defective in that it opened too easily". The trial judge made the correct determinations in assessing responsibility, and respondent could properly be held liable. Article 1053 C.C. is applicable in the case at bar, as respondent has by fault by omission allowed appellant to be exposed to a great danger: the screen of the room which she occupied with her parents did not provide a minimum degree of safety because of its defective condition.

[*Quebec Railway, Light, Heat and Power Company v. Vandry*, [1920] A.C. 662; *City of Montreal v. Watt and Scott Limited*, [1922] 2 A.C. 555; *City of Montreal v. Salaison Maisonneuve Ltée*, [1954] S.C.R. 117; *Jalbert v. Cité de Sherbrooke*, [1962] S.C.R. 94; *Curley v. Latreille* (1920), 60 S.C.R. 131; *Fisher v. Ouimet* (1937), 75 C.S. 340; *Lavoie v. Shatsky* (1940), 68 Que. K.B. 514; *Mongeau v. Sylvestre*, [1944] C.S. 276; *Castle des Monts Inc. v. Dame Segal*, [1966] Que. Q.B. 653; *Centre Commercial Lévis Inc. v. Mlle Leclerc*, [1973] C.A. 837; *Leznek v. City of Verdun*, [1940] S.C.R. 313; *Bourassa v. Grégoire* (1926), 42 Que. K.B. 154; *Poulet v. Hébert*, [1950] C.S. 315; *Caron v. Archambault*, [1955] R.L. 438; *Hamel v. Hamel*, [1958] C.S. 304; *Guimond v. Modzelewski*, J.E. 79-166; *City of Ottawa v. Munroe*, [1954] S.C.R. 756; *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, [1923] A.C. 253; *Drapeau v. Gagné*, [1945] Que. K.B. 303; *Girard v. City of Montreal*, [1962] C.S. 361; *Hôtel Montcalm Inc. v. Lamberston*, [1965] Que. Q.B. 79; *Larivée v. Canadian Technical Tape Limited*, [1966] Que. Q.B. 700; *Perron v. Provost*, [1959] Que. Q.B. 531; *Indermaur v. Dames*, (1866) L.R. 1 C.P. 274; *Robert Addie and Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*, [1929] A.C. 358; *Hamel v. Chartré*, [1976] 2 S.C.R. 680; *Riel v. Murren Co. Ltd.*,

l'appelante a utilisé le moustiquaire pour une fin contraire à sa destination.

La disposition de la fenêtre et du calorifère ne constituait pas un piège susceptible d'entraîner l'application de l'art. 1053 C.c. Un piège est généralement une situation intrinsèquement dangereuse et le danger ne doit pas être apparent mais caché. En l'espèce, si la disposition des lieux comportait un danger—puisque le calorifère facilitait l'escalade de la fenêtre—c'était un danger apparent et il incombait aux parents de la victime de la protéger.

*Les juges Estey et McIntyre, dissidents:* Il ne se dégage du dossier aucun fait ou aucune erreur manifeste qui ait pu justifier la Cour d'appel de modifier la décision et les conclusions du premier juge et de faire abstraction de la conclusion déterminante, fondée sur la preuve, que l'accident a eu lieu parce que le «moustiquaire était défectueux puisqu'il s'ouvrait trop facilement». Le juge de première instance a tiré les bonnes conclusions en appréciant la responsabilité et il convenait de conclure à la responsabilité de l'intimée. L'article 1053 C.c. est applicable en l'espèce, l'intimée ayant par sa faute, qui résulte d'une omission, permis que l'appelante soit exposée à un grand danger, le moustiquaire de la chambre qu'elle occupait avec ses parents n'assurant pas un degré minimum de sécurité à cause de son mauvais état.

[Jurisprudence: *Quebec Railway, Light, Heat and Power Company v. Vandry*, [1920] A.C. 662; *City of Montreal v. Watt and Scott Limited*, [1922] 2 A.C. 555; *City of Montreal c. Salaison Maisonneuve Ltée*, [1954] R.C.S. 117; *Jalbert c. Cité de Sherbrooke*, [1962] R.C.S. 94; *Curley c. Latreille* (1920), 60 R.C.S. 131; *Fisher c. Ouimet* (1937), 75 C.S. 340; *Lavoie c. Shatsky* (1940), 68 B.R. 514; *Mongeau c. Sylvestre*, [1944] C.S. 276; *Castle des Monts Inc. c. Dame Segal*, [1966] B.R. 653; *Centre Commercial Lévis Inc. c. Mlle Leclerc*, [1973] C.A. 837; *Leznek c. City of Verdun*, [1940] R.C.S. 313; *Bourassa c. Grégoire* (1926), 42 B.R. 154; *Poulet c. Hébert*, [1950] C.S. 315; *Caron c. Archambault*, [1955] R.L. 438; *Hamel c. Hamel*, [1958] C.S. 304; *Guimond c. Modzelewski*, J.E. 79-166; *City of Ottawa c. Munroe*, [1954] R.C.S. 756; *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, [1923] A.C. 253; *Drapeau c. Gagné*, [1945] B.R. 303; *Girard c. City of Montreal*, [1962] C.S. 361; *Hôtel Montcalm Inc. c. Lamberston*, [1965] B.R. 79; *Larivée c. Canadian Technical Tape Limited*, [1966] B.R. 700; *Perron c. Provost*, [1959] B.R. 531; *Indermaur v. Dames*, (1866) L.R. 1 C.P. 274; *Robert Addie and Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*, [1929] A.C. 358; *Hamel c. Chartré*, [1976] 2 R.C.S. 680; *Riel c. Murren Co. Ltd.*, [1971] C.A. 367;

[1971] C.A. 367; *Eaton v. Moore*, [1951] S.C.R. 470; *Canadian National Railways v. Lancia*, [1949] S.C.R. 177; *Cité de Verdun v. Yeoman*, [1925] S.C.R. 177; *Desrosiers v. The King* (1920), 60 S.C.R. 105; *Hallé v. Canadian Indemnity Company*, [1937] S.C.R. 368; *Hood v. Hood*, [1972] S.C.R. 244; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Voyageur Provincial Inc. v. Guidolin*, [1977] 2 S.C.R. 1112, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1975] C.A. 903\*, reversing a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed, Estey and McIntyre JJ. dissenting.

*A. J. Campbell, Q.C.*, and *Jacob Rothman*, for the appellant.

*J. Vincent O'Donnell, Q.C.*, for the respondent.

English version of the judgment of *Beetz, Chouinard* and *Lamer JJ.* delivered by

BEETZ J.—The appeal is from a unanimous decision of the Court of Appeal, which reversed a judgment of the Superior Court ordering respondent to pay damages of \$37,250 to George Rubis, appellant's father, in his capacity of tutor to his minor daughter Anastasia, with interest from the date of service and costs.

Anastasia Rubis, now of legal age, submitted a motion in continuance of suit to which her father and respondent consented. This motion is allowed and the style of cause is amended by substitution of the name of appellant for that of her father.

The *quantum* of damages is not in dispute. However, appellant is asking that the additional indemnity provided for by the second paragraph of art. 1056c of the *Civil Code*, in effect on January 1, 1972, be added.

#### I—Facts

There is also little dispute as to the facts, but the Court of Appeal and the Superior Court drew different conclusions from them. *Colas J.* of the Superior Court summarized them as follows:

\* Judgment summarized.

*Eaton c. Moore*, [1951] R.C.S. 470; *Canadian National Railways c. Lancia*, [1949] R.C.S. 177; *Cité de Verdun c. Yeoman*, [1925] R.C.S. 177; *Desrosiers c. Le Roi* (1920), 60 R.C.S. 105; *Hallé c. Canadian Indemnity Company*, [1937] R.C.S. 368; *Hood c. Hood*, [1972] R.C.S. 244; *Pelletier c. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Voyageur Provincial Inc. c. Guidolin*, [1977] 2 R.C.S. 1112.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1975] C.A. 903\*, infirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté, les juges Estey et McIntyre sont dissidents.

*A. J. Campbell, c.r.*, et *Jacob Rothman*, pour l'appelante.

*J. Vincent O'Donnell, c.r.*, pour l'intimée.

Le jugement des juges *Beetz, Chouinard* et *Lamer* a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Le pourvoi attaque un arrêt unanime de la Cour d'appel qui infirme un jugement de la Cour supérieure condamnant l'intimée à payer \$37,250 de dommages à George Rubis, père de l'appelante, en sa qualité de tuteur à sa fille mineure Anastasia, avec intérêts depuis l'assignation et les dépens.

Anastasia Rubis, maintenant majeure, nous adresse une requête en reprise d'instance à laquelle son père et l'intimée consentent. Cette requête est accordée et l'intitulé de la cause est modifié par la substitution du nom de l'appelante à celui de son père.

Le *quantum* des dommages n'est pas contesté. L'appelante demande cependant d'y ajouter l'indemnité additionnelle prévue par le second alinéa de l'art. 1056c du *Code civil*, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1972.

#### I—Les faits

Les faits ne sont pratiquement pas en litige eux non plus. Mais la Cour d'appel et la Cour supérieure n'en tirent pas les mêmes conclusions. Voici comment les résume le juge *Colas* de la Cour supérieure:

\* Résumé du jugement.



The Plaintiff, his wife and his two children then aged respectively 4 (Anastasia) and 2 years old were registered as guests at the hotel owned by the Defendant from Monday, August 31st, 1964. As appears from advertising samples produced as exhibit P-7, and from Mr. Wheeler's testimony, the hotel in question is a first class family hotel. They all occupied the same room with adjoining bathroom situated four floors above the ground level. In that room there were two large windows side by side, as appears from the various photographs filed in the Court record (exhibits P-5, P-6, P-10, D-2). Each window measured 3 feet 4 inches in width and was equipped with an aluminum screen. A model of the type of screen installed at the said hotel was filed as exhibit D-1.

On September 2, 1964, shortly before noon, the members of the Rubis family were in their hotel room. Mr. Rubis was shaving while Mrs. Rubis was resting on her bed and playing with her children. Then Mrs. Rubis decided to prepare a bottle of milk for her two-year child and entered the bathroom in order to clean the nipple. As the bathroom was quite small Mr. Rubis still wiping his face with a towel, stepped from the bathroom into the bedroom. He then saw the feet of his daughter Anastasia disappearing out of the window and the screen swing back into place. Anastasia landed on the ground below, suffering serious injuries.

As appears from the model filed as D-1, the screen consists of an aluminum mesh held in an aluminum frame. The frame is equipped with upper and lower attachments. The upper attachment fits into the window frame and acts as pivots, allowing the screen to swing outward from the bottom. The bottom of the screen is kept closed by small metal bolts or pins which slide into small receptacles in either side of the window frame.

This type of screen was in current use in the building industry when the construction of the hotel was carried out in 1955-56 and is still in current use. It has also been established that the said screen was manufactured by a reputable manufacturer.

However, according to Mr. Rubis' testimony, the screen was fastened to the window with a pin which went into the window sill. He added that the hole into which the pin was going "was very much enlarged, it was quite large, it was not like it was supposed to be, and the pin was small, so with the slightest touch the

[TRADUCTION] A partir du lundi 31 août 1964, le demandeur, son épouse et ses deux enfants, alors âgées respectivement de 4 ans (Anastasia) et de 2 ans, étaient inscrits comme clients sur le registre de l'hôtel appartenant à la défenderesse. Tel qu'il appert des dépliants publicitaires produits comme pièce P-7 et du témoignage de M. Wheeler, il s'agit d'un hôtel familial de première classe. Ils occupaient tous la même chambre avec salle de bains attenante au quatrième étage. Dans cette chambre il y avait deux grandes fenêtres l'une à côté de l'autre, comme le démontrent les différentes photographies versées au dossier de la cour (les pièces P-5, P-6, P-10, D-2). Chaque fenêtre avait 3 pieds 4 pouces de large et était munie d'un moustiquaire en aluminium. Un modèle du type de moustiquaires utilisés par ledit hôtel a été déposé comme pièce D-1.

Le 2 septembre 1964, un peu avant midi, les membres de la famille Rubis étaient dans leur chambre d'hôtel. M. Rubis se rasait tandis que Mme Rubis se reposait sur son lit et jouait avec les enfants. Mme Rubis a décidé alors de préparer un biberon de lait pour l'enfant âgée de deux ans et est allée à la salle de bains nettoyer la tétine. Comme la salle de bains était assez petite, M. Rubis, toujours en train de s'essuyer le visage avec une serviette, est sorti de la salle de bains et est entré dans la chambre à coucher. C'est alors qu'il a vu les pieds de sa fille Anastasia qui disparaissaient par la fenêtre et le moustiquaire qui se refermait. Anastasia est tombée à terre, subissant de graves blessures.

Comme l'indique le modèle déposé comme pièce D-1, le moustiquaire consiste en une toile d'aluminium montée dans un cadre d'aluminium. Le haut et le bas du cadre sont munis de dispositifs destinés à fixer le moustiquaire. Celui du haut s'insère dans le châssis de fenêtre et fait fonction de pivot, permettant ainsi au moustiquaire de s'ouvrir vers l'extérieur par en bas. Le bas du moustiquaire est maintenu en place par des petits boulons ou chevilles en métal qui se glissent dans de petits orifices situés à gauche et à droite dans le châssis de fenêtre.

L'industrie du bâtiment employait couramment ce type de moustiquaires à l'époque de la construction de l'hôtel en 1955 et 1956, et c'est encore le cas aujourd'hui. On a également établi que le moustiquaire en question est le produit d'un fabricant de bonne réputation.

Toutefois, selon le témoignage de M. Rubis, le moustiquaire était attaché au châssis de fenêtre au moyen d'une cheville. Il a ajouté que le trou destiné à recevoir la cheville «était considérablement agrandi, il était assez gros, il n'était pas comme il devait être, et la cheville était petite, de sorte qu'au moindre toucher le mousti-

screen would open". Mr. Rubis has also said that he pushed the screen himself after the accident in order to find out how the accident occurred and then he noticed how easily the screen was opening.

Another fact needs to be mentioned in this case: The window where the defective screen was, had underneath it a radiator measuring 19½ inches in height and having a projection of 2¾ inches from the wall. The height of the window sill from the floor was 27¼ inches.

The victim retained no recollection of the accident and the evidence did not establish just how it occurred. Appellant's theory, apparently accepted by the trial judge, is that the child, who was about three feet tall, managed to climb onto the radiator, leaned against the screen through the open window and the pins gave way.

This hypothesis is plausible, but other equally plausible possibilities may also be imagined. For example, the child might have lost her balance on the narrow radiator and fallen against the screen with all of her weight. She could also have managed to open the screen by playing with the pins.

In holding respondent liable, the trial judge relied on art. 1053 of the *Civil Code*, though she did not expressly cite it, and on arts. 1054 and 1055, to which she referred expressly. Article 1053, the first paragraph of art. 1054 and the last paragraph of art. 1055 read as follows:

**1053.** Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

**1054.** He is responsible not only for the damage caused by his own fault, but also for that caused by the fault of persons under his control and by things he has under his care.

**1055.** . . .

The owner of a building is responsible for the damage caused by its ruin, where it has happened from want of repairs or from an original defect in its construction.

quaire s'ouvrait». M. Rubis a dit également avoir lui-même appuyé contre le moustiquaire après l'accident pour voir comment l'accident s'est produit et c'est alors qu'il a remarqué combien facilement le moustiquaire s'ouvrait.

Il convient en l'espèce de faire mention d'un autre fait, savoir qu'au-dessous de la fenêtre au moustiquaire défectueux, il y avait un radiateur mesurant 19½ pouces de haut et faisant saillie de 2¾ pouces du mur. L'appui de la fenêtre était à 27¼ pouces du sol.

La victime n'a gardé aucun souvenir de l'accident et la preuve ne révèle pas au juste comment il est survenu. La théorie de l'appelante, apparemment acceptée par le premier juge, est que l'enfant, qui était haute d'environ trois pieds, aurait réussi à se hisser sur le calorifère, se serait appuyée sur le moustiquaire à travers la fenêtre ouverte et que les loquets auraient cédé.

Cette hypothèse est plausible mais on peut imaginer d'autres conjectures qui le sont également. Par exemple, l'enfant a pu perdre l'équilibre sur l'étroit calorifère et basculer de tout son poids dans le moustiquaire. L'enfant a pu aussi réussir à ouvrir le moustiquaire en jouant avec les loquets.

Pour retenir la responsabilité de l'intimée, le premier juge s'appuie sur l'art. 1053 du *Code civil* qu'elle n'invoque cependant pas de façon expresse, de même que sur les art. 1054 et 1055 auxquels elle réfère expressément. Voici comment se lisent l'art. 1053, le premier alinéa de l'art. 1054 et le dernier alinéa de l'art. 1055:

**1053.** Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.

**1054.** Elle est responsable non seulement du dommage qu'elle cause par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle, et par les choses qu'elle a sous sa garde.

**1055.** . . .

Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par vice de construction.

II—Article 1054

The trial judge clearly erred in law in relying on art. 1054 to find respondent liable. Counsel for the appellant had to admit this himself at the hearing. Article 1054 creates a presumption of liability against anyone having a thing in his care when the damage is caused by the positive and independent action of that thing: *Quebec Railway, Light, Heat and Power Company v. Vandry*, [1920] A.C. 662; *City of Montreal v. Watt and Scott Limited*, [1922] 2 A.C. 555; *City of Montreal v. Salaison Maisonneuve Ltée*, [1954] S.C.R. 117; *Jalbert v. Cité de Sherbrooke*, [1962] S.C.R. 94. However, this provision does not apply when the damage results not from the action of the thing itself but from the action of the person who has control over it: *Curley v. Latreille* (1920), 60 S.C.R. 131, at p. 140.

In the case at bar, it is not possible to speak of the independent action of the screen, which was really set in motion by the victim, and there cannot be liability under art. 1054.

By this error, the trial judge improperly imposed on respondent the very heavy burden of the art. 1054 presumption, which it can only shift by establishing that it was impossible to prevent the accident.

Such an error is capable of vitiating the conclusions arrived at by the Superior Court, and in my view it justified the Court of Appeal in undertaking to review the conclusions to be drawn from the facts as found by the trial judge.

III—Article 1055

The trial judge found the screen defective in that it opened too easily, the defectiveness resulting from its having been in use for some nine years. This finding was based primarily on the testimony of the victim's father, who examined the screen after the accident in order to determine what had caused it.

George Rubis testified, first, that the pins of the screen were set in openings pierced directly into the window frame, and that these openings were

II—L'article 1054

Le premier juge a clairement erré en droit en s'appuyant sur l'art. 1054 pour retenir la responsabilité de l'intimée. Le procureur de l'appelante a dû lui-même en convenir à l'audience. L'article 1054 en effet crée une présomption de responsabilité contre celui qui a une chose sous sa garde lorsque c'est le fait actif ou autonome de cette chose qui cause le dommage: *Quebec Railway, Light, Heat and Power Company v. Vandry*, [1920] A.C. 662; *City of Montreal v. Watt and Scott Limited*, [1922] 2 A.C. 555; *City of Montreal c. Salaison Maisonneuve Ltée*, [1954] R.C.S. 117; *Jalbert c. Cité de Sherbrooke*, [1962] R.C.S. 94. Mais cette disposition ne s'applique pas quand le dommage résulte non pas du fait de la chose elle-même mais du fait de la personne qui en a le contrôle: *Curley c. Latreille* (1920), 60 R.C.S. 131, à la p. 140.

En l'espèce, on ne peut parler du fait autonome du moustiquaire qui a plutôt été actionné par la victime et il ne peut y avoir responsabilité sous l'art. 1054.

Par cette erreur, le premier juge a indûment imposé à l'intimée le fardeau très lourd de la présomption de l'art. 1054, dont elle ne pouvait se libérer qu'en prouvant qu'il lui avait été impossible d'empêcher l'accident.

Une telle erreur est susceptible de vicier les conclusions auxquelles est arrivée la Cour supérieure et elle justifiait à mon avis la Cour d'appel de procéder à une nouvelle appréciation des conclusions à tirer des faits déterminés par le premier juge.

h III—L'article 1055

Le premier juge trouve le moustiquaire défectueux en ce qu'il s'ouvrait trop facilement, la défectuosité résultant d'une usure d'environ neuf ans. Cette conclusion se fonde principalement sur le témoignage du père de la victime qui a examiné le moustiquaire après l'accident afin de se rendre compte des causes de ce dernier.

George Rubis atteste d'abord que les loquets du moustiquaire s'enfonçaient dans des ouvertures percées directement dans le cadre de la fenêtre et

very much enlarged. He was given a photograph taken at the time of the hearing. This photograph showed that the pins were set not in the window frame but in an aperture or catch, pierced into metal plates which were themselves held by screws <sup>a</sup> in the window frame. George Rubis replied, first, that these metal plates were not there at the time of the accident. He was then shown photographs which he took himself at that time and which, it is true, are not as clear as the first one: he finally <sup>b</sup> said, in answer to questions put by his own counsel, that he might not have noticed the metal plates because of the paint covering them.

The contractor Daoust, who installed the screen, stated that if the wire mesh of the screens was changed often enough, even annually, the frame of <sup>d</sup> the screens ought to last about twenty years. The engineering consultant Wiggs, who participated in preparing plans for the hotel, stated that “. . . nine years for a screen is not very much”.

On the other hand, the evidence for the defence <sup>f</sup> tended to show that these screens are designed to open very easily, so that they do not obstruct the exit of occupants in the event of fire and also to make cleaning the windows easier; according to this evidence, the fact that the catches in which the pins are located were oval and not round gives them a somewhat worn appearance, but this form is intended to facilitate movement of the pins.

Finally, it should be noted that the evidence did <sup>h</sup> not establish whether the child's fall through the screen may have affected the solidity of the latter: the child's father examined the screen after the accident but, according to his testimony, neither he nor his wife touched either the screen or the <sup>i</sup> open window in the two days before the accident, during which they occupied this hotel room.

Even assuming, for purposes of argument, that <sup>j</sup> the trial judge committed no manifest error in

que ces ouvertures étaient très agrandies. On lui produit une photographie prise à l'époque du procès. Cette photographie montre que les loquets s'enfoncent non pas dans le cadre de la fenêtre <sup>a</sup> mais dans un orifice ou mentonnet percé dans des plaques métalliques elles-mêmes fixées par des vis dans le cadre de la fenêtre. George Rubis répond d'abord que ces plaques métalliques ne s'y trouvaient pas à l'époque de l'accident. On lui exhibe <sup>b</sup> alors des photographies qu'il a prises lui-même à cette époque et qui, il est vrai, sont moins nettes que l'autre: il finit par dire, en réponse à des questions posées par son propre procureur, qu'il a <sup>c</sup> pu ne pas remarquer les plaques métalliques à cause de la peinture qui les recouvrait.

Par ailleurs, l'entrepreneur Daoust, qui a installé le moustiquaire, atteste que, si l'on changeait <sup>d</sup> assez souvent le treillis des moustiquaires, parfois même tous les ans, le cadre des moustiquaires, lui, était susceptible de durer une vingtaine d'années. L'ingénieur conseil Wiggs, qui a participé à la <sup>e</sup> préparation des plans de l'hôtel, atteste que [TRANSDUCTION] « . . . neuf ans pour un moustiquaire ce n'est vraiment pas beaucoup ».

D'autre part, la preuve de la défense <sup>f</sup> tend à établir que ces moustiquaires sont conçus pour s'ouvrir très facilement afin de ne pas obstruer la sortie des occupants en cas d'incendie et aussi pour rendre plus aisé le lavage des vitres; selon cette <sup>g</sup> preuve, la forme ovale et non pas ronde des mentonnets dans lesquels s'enfoncent les loquets leur donne un air quelque peu usé mais cette forme est destinée à faciliter la mobilité des loquets.

Il faut enfin observer que la preuve ne révèle pas <sup>h</sup> si la chute de l'enfant à travers le moustiquaire a pu affecter la solidité de celui-ci: le père de l'enfant a examiné le moustiquaire après l'accident mais, selon son témoignage, ni lui ni son épouse <sup>i</sup> n'ont touché au moustiquaire ni à la fenêtre ouverte durant les deux jours précédant l'accident et durant lesquels ils ont occupé cette chambre d'hôtel.

Même si l'on admet, pour les fins de la discussion, <sup>j</sup> que le premier juge n'a pas commis d'erreur

concluding that the screen was worn, there still remain two obstacles to the application of art. 1055 of the *Civil Code* to the circumstances of the case at bar.

The first difficulty is as follows: can it be said that wear and tear on the screen is equivalent to the ruin of the latter within the meaning of art. 1055?

This may be doubtful, because even when worn the screen remained attached at the top to the window frame. It did not become detached from the building. It did not fall. It remained in place.

Some commentators have argued, and there is some judicial authority for the proposition, that art. 1055 does not apply unless material forming part of the building falls. Thus, for example, J. Pineau and M. Ouellette-Lauzon write in *Théorie de la responsabilité civile*, 1977, at p. 127:

[TRANSLATION] Ruin of a building

This means the partial or total collapse of a building. It is not necessary for it to be completely ruined, for the building to collapse completely; it is not necessary for the solidity of the building as a whole to be compromised. It suffices if material which is an integral part of the building falls, if some part of the building becomes detached: a tile that falls off, a chimney that collapses, a cornice or shutter that becomes loose, a stair rail that collapses, a glass door which shatters.

See also the following judgments and decisions, which require more than mere old age or defectiveness of a part of a building for art. 1055 to apply: *Fisher v. Ouimet* (1937), 75 C.S. 340; *Lavoie v. Shatsky* (1940), 68 Que. K.B. 514; *Mongeau v. Sylvestre*, [1944] C.S. 276; *Castle des Monts Inc. v. Dame Segal*, [1966] Que. Q.B. 653; *Centre Commercial Lévis Inc. v. Mlle Leclerc*, [1973] C.A. 837.

However, it is not necessary to resolve this first problem. It was not actually argued, and the second problem, which was argued both in the Superior Court and the Court of Appeal as well as in this Court, is controlling.

manifeste en concluant à l'usure du moustiquaire, il n'en reste pas moins que deux difficultés sont susceptibles d'empêcher l'application de l'art. 1055 du *Code civil* aux circonstances de l'espèce.

<sup>a</sup>

La première difficulté est la suivante: peut-on dire que cette usure du moustiquaire équivaut à la ruine de celui-ci au sens de l'art. 1055?

<sup>b</sup>

Il est possible d'en douter car, même usé, le moustiquaire est demeuré attaché au cadre de la fenêtre à son sommet. Il ne s'est pas détaché du bâtiment. Il n'est pas tombé. Il est resté en place.

Or des auteurs et une certaine jurisprudence soutiennent que l'art. 1055 est sans application à moins qu'il n'y ait chute de matériaux faisant partie du bâtiment. Ainsi par exemple, J. Pineau et M. Ouellette-Lauzon, écrivent, dans *Théorie de la responsabilité civile*, 1977, à la p. 127:

<sup>e</sup> Ruine d'un bâtiment

C'est l'écoulement total ou partiel d'un bâtiment. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une ruine complète, de l'effondrement total d'un bâtiment; il n'est pas nécessaire que la solidité du bâtiment dans son ensemble soit compromise. Il suffit qu'il y ait chute de matériaux faisant partie intégrante du bâtiment, chute d'éléments qui se détachent du bâtiment: tuile qui s'envole, cheminée qui s'effondre, corniche ou volet qui se détache, rampe d'escalier qui s'effondre, porte vitrée qui éclate.

<sup>g</sup>

Voir également les jugements et arrêts suivants qui exigent plus que la simple vétusté ou défectuosité d'une partie de bâtiment pour appliquer l'art. 1055: *Fisher c. Ouimet* (1937), 75 C.S. 340; *Lavoie c. Shatsky* (1940), 68 B.R. 514; *Mongeau c. Sylvestre*, [1944] C.S. 276; *Castle des Monts Inc. c. Dame Segal*, [1966] B.R. 653; *Centre Commercial Lévis Inc. c. Mlle Leclerc*, [1973] C.A. 837.

Mais il n'est pas nécessaire de trancher cette première difficulté. On ne l'a pas vraiment plaidée et la seconde difficulté, que l'on a plaidée tant en Cour supérieure et en Cour d'appel que devant cette Cour, est déterminante.

The construction defect and the want of repairs to which art. 1055 of the *Civil Code* applies must be seen in light of the purpose for which the building is to be used. If the victim of an accident makes a use of the building or of a part of the building that is contrary to the purpose for which it was intended, he cannot hold the owner liable for damage which results from its ruin. The law on this point is well settled. Thus, in *Leznek v. City of Verdun*, [1940] S.C.R. 313, a window washer who held onto the transom of a window fell to the ground because the transom, which was old and rotten, gave way. The jury divided liability: according to its verdict, the owner was at fault for not having kept the building in a good state of repair, and the victim for using the transom for a purpose for which it was not intended. This Court held that, in these circumstances, the owner of the building could not be held liable. Rinfret J., as he then was, gave the unanimous reasons of the Court. After citing the third paragraph of art. 1055, he wrote at pp. 317-18:

We may disregard that part of the article which deals with "an original defect in its construction," since the answer of the jury is limited to the "want of repairs."

Now the interpretation given to that article has been invariably that the want of repairs must be looked at from the viewpoint of the purpose for which the building or part of building was intended.

[TRANSLATION] A lack of maintenance or a construction defect is judged having regard to the use made of the part of the building to the ruin of which the damage requiring compensation is due (Aubry and Rau, Fifth Ed. Tome 6, page 433).

Planiol (vol. 6, No. 609) says that the proprietor should not be held responsible

[TRANSLATION] if he proves that the defect or decay with age would not have led to the ruin but for the wrongful act of the victim.

(See also Demogue, *Obligation*, vol. 5, pages 313 and 325); *Bourassa v. Grégoire* (1926), Q.R. 42 K.B. 154.

In this case, therefore, the respondent could be held legally responsible only for failure to keep the building in proper state of repair for the purpose for which it was intended.

Le vice de construction et le défaut d'entretien visés par l'art. 1055 du *Code civil* doivent en effet s'apprécier à la lumière de la destination du bâtiment. Si la victime d'un accident fait du bâtiment ou d'une partie du bâtiment un usage contraire à sa destination, elle ne peut tenir le propriétaire responsable du dommage qui résulte de sa ruine. La jurisprudence est constante sur ce point. Ainsi dans *Leznek c. City of Verdun*, [1940] R.C.S. 313, un laveur de vitres qui s'était tenu à l'imposte d'une fenêtre était tombé au sol parce que l'imposte qui était vieille et pourrie avait cédé. Le jury avait partagé la responsabilité: selon son verdict, la faute du propriétaire consistait à n'avoir pas conservé le bâtiment en bon état d'entretien et celle de la victime à se servir de l'imposte pour une fin à laquelle elle n'était pas destinée. Cette Cour a jugé que, dans ces circonstances, il ne pouvait y avoir aucune responsabilité du propriétaire du bâtiment. Le juge Rinfret, plus tard Juge en chef, donne les raisons unanimes de la Cour. Après avoir cité le troisième alinéa de l'art. 1055 il écrit aux pp. 317 et 318:

[TRANSLATION] Nous pouvons faire abstraction de la partie de l'article qui porte sur un «vice de construction», car la réponse du jury se limite au «défaut d'entretien».

Or, selon l'interprétation que l'on a toujours donnée à cet article, il faut considérer le défaut d'entretien du point de vue de la destination du bâtiment ou d'une partie de celui-ci.

Le défaut d'entretien ou le vice de construction s'apprécient eu égard à la destination qu'avait reçue la partie du bâtiment à la ruine de laquelle est dû le dommage à réparer (Aubry et Rau, 5<sup>e</sup> éd. tome 6, page 433).\*

Planiol (t. 6, n° 609) dit que le propriétaire ne doit pas être tenu responsable

s'il prouve que le vice ou la vétusté n'auraient pas entraîné la ruine sans l'acte fautif de la victime.\*

(Voir aussi Demogue, *Obligation*, t. 5, pages 313 et 325); *Bourassa c. Grégoire* (1926), R.Q. 42 B.R. 154.

Donc, en l'espèce, l'intimée ne peut être tenue responsable en droit que de ne pas avoir bien entretenu le bâtiment, compte tenu de sa destination.

\* En français dans le texte.

Such is the meaning of paragraph 3 of article 1055 C.C.

Upon the finding of the jury that the appellant used the transom bar for a purpose for which it was not intended, the respondent was relieved of any legal responsibility under that article and the Court of King's Bench was right in reversing the judgment of the trial judge and in dismissing the action. The appeal ought, therefore, to be dismissed with costs.

As Rinfret J. pointed out, the Court of Appeal had already made a similar ruling in an almost identical case, *Bourassa v. Grégoire* (1926), 42 Que. K.B. 154. See also *Poulet v. Hébert*, [1950] C.S. 315; *Caron v. Archambault*, [1955] R.L. 438 (C.S.); *Hamel v. Hamel*, [1958] C.S. 304 and *Guimond v. Modzelewski*, J.E. 79-166 (C.S.).

Respondent had been arguing that the purpose of the screen in question was to keep mosquitoes, birds and bats from getting into the room while at the same time allowing air and light to pass through, but not to prevent falls or to stop people from getting out. The screen was therefore used for a purpose contrary to that for which it was intended.

The trial judge dismissed this submission as follows:

To answer this argument, one must examine in detail the use and function of a screen.

A screen essentially is a window, save and except for the fact that a window while closed does not permit air to enter a room while a screen does. In other respects, a screen like a window permits sunshine to enter a room and prevents insects, birds, etc., from entering. A screen and a window have an interchangeable function and during the more temperate periods of the year when fresh air is desirable, screens are utilized for the basic reasons already referred to.

It cannot be reasonably argued that a child cannot and should not look out through a window nor can it be reasonably argued that a child cannot or should not press his or her face or hands against a window in order to look out. This does in fact constitute normal behavior

Voilà le sens de l'alinéa 3 de l'article 1055 C.C.

Le jury ayant conclu que l'appelant avait utilisé l'imposte à une fin qui ne correspond pas à sa destination, l'intimée était alors exonérée de toute responsabilité en droit en vertu de cet article, et la Cour du Banc du Roi a eu raison d'infirmier le jugement du premier juge et de rejeter l'action. Le pourvoi doit donc être rejeté avec dépens.

Comme le souligne le juge Rinfret, la Cour d'appel avait déjà décidé de la même façon dans une espèce presque identique, *Bourassa c. Grégoire* (1926), 42 B.R. 154. Voir également *Poulet c. Hébert*, [1950] C.S. 315, *Caron c. Archambault*, [1955] R.L. 438 (C.S.), *Hamel c. Hamel*, [1958] C.S. 304 et *Guimond c. Modzelewski*, J.E. 79-166 (C.S.).

L'intimée plaidait que le but du moustiquaire en question était d'empêcher les moustiques, les oiseaux et les chauves-souris de pénétrer dans la chambre tout en laissant passer l'air et la lumière, mais non pas de prévenir les chutes ou d'empêcher les gens de sortir. Le moustiquaire avait donc été utilisé pour une fin contraire à sa destination.

Voici comment le premier juge rejette cette difficulté:

[TRADUCTION] Pour répondre à cet argument, il faut examiner dans le détail la destination et la fonction d'un moustiquaire.

Un moustiquaire est essentiellement une fenêtre, la seule différence étant qu'un moustiquaire, quand il est fermé, permet à l'air d'entrer dans une pièce. A d'autres égards, un moustiquaire, comme une fenêtre, permet au soleil de pénétrer dans une pièce tout en empêchant les insectes, les oiseaux, etc. d'y avoir accès. Un moustiquaire et une fenêtre remplissent sensiblement les mêmes fonctions et, aux époques plus tempérées de l'année, lorsqu'il est souhaitable d'avoir de l'air frais, on se sert de moustiquaires pour les raisons principales que j'ai déjà exposées.

Il n'est pas raisonnable de prétendre qu'un enfant ne peut ou ne doit pas regarder par une fenêtre, pas plus qu'il ne l'est de soutenir que cet enfant ne peut ou ne doit pas appuyer son visage ou ses mains contre cette fenêtre pour regarder dehors. En fait cela constitue un

and children are known to do these things particularly when an object or an event catches their interest. Assuming therefore, that in the event that a child pressed his or her face or hands against a window in order to look out, and is severely cut because the window falls apart, can it therefore be reasonably argued that the owner of the hotel or apartment is not responsible, on the premise that the window was being put to a use for which it was not intended or designed.

This contention cannot be accepted. A window must be constructed with certain inherent strengths in order to permit it to resist a certain minimum of pressure. It is evident that if an individual swings a bat or a broom and breaks a window and is injured as a consequence, no liability would result for the owner. A window may not be of sufficient strength to withstand such force. However, in an apartment building or a hotel for that matter, a window must be of sufficient strength to stand a minimum of force, i.e., a young child leaning up against a window in order to look out.

In summary therefore, the Court cannot accept in this particular case the argument of Defendant to the effect that since a screen is only for the purpose of preventing flies, dirt, etc., from coming in, and permitting sunlight to enter and is not intended or designed for any other purpose, a child injured as a consequence of a defective screen, should not be compensated.

If one assumes that a child can and will lean against a window and one will not accept the fact that a window will give way resulting in injuries to a child, under these circumstances, why must one arbitrarily accept the premises that a screen can give way if a child leans against it. In the opinion of the Court, there is no real distinction between a window and a screen in this regard.

The Court of Appeal disagreed with the trial judge on this point. Tremblay C.J. wrote:

[TRANSLATION] What was the use for which the screen was intended? As the uncontradicted evidence established, and the trial judge observed, it was to prevent mosquitoes and birds from getting into the room. This was its only purpose, and the screen in question was entirely and absolutely suited to the use for which it was intended.

comportement normal et l'on sait très bien que c'est ce que font les enfants, particulièrement lorsqu'un objet ou un événement quelconque attire leur attention. Donc dans l'hypothèse où un enfant appuierait son visage ou ses mains contre une fenêtre pour regarder dehors et subirait de graves coupures par suite de la rupture de la fenêtre, pourrait-on alors à bon droit prétendre que le propriétaire de l'hôtel ou de l'appartement n'est pas responsable parce que cette utilisation ne correspond pas à la destination de la fenêtre?

Cet argument est inadmissible. Une fenêtre doit être construite avec une certaine force inhérente pour qu'elle puisse résister à un degré minimum de pression. Il est évident que si quelqu'un, en faisant des moulins avec un bâton ou avec un balai, brise une fenêtre et de ce fait subit des blessures, le propriétaire n'en sera pas tenu responsable. Une fenêtre peut ne pas être assez solide pour résister à la force d'un tel coup. Cependant, dans un immeuble d'appartements ou même dans un hôtel, une fenêtre doit être assez solide pour supporter une certaine force minimale, c.-à-d., un enfant qui s'appuie contre elle pour regarder dehors.

En résumé donc, la Cour ne peut retenir en l'espèce l'argument de la défenderesse selon lequel, vu qu'un moustiquaire a pour seule destination d'empêcher les mouches, la poussière, etc. de pénétrer à l'intérieur tout en permettant au soleil d'y entrer, il n'y a pas lieu d'indemniser un enfant qui a subi des blessures en raison d'un vice du moustiquaire.

Si l'on tient pour acquis qu'un enfant va s'appuyer contre une fenêtre et si l'on refuse d'accepter que, dans ces circonstances, la fenêtre cède causant des blessures à l'enfant, pourquoi faut-il arbitrairement accepter que si un enfant s'appuie contre un moustiquaire, ce moustiquaire peut céder? La Cour estime qu'il n'y a pas de véritable distinction entre une fenêtre et un moustiquaire à cet égard.

La Cour d'appel est en désaccord avec le premier juge sur ce point. Le juge en chef Tremblay écrit:

Quel était l'usage auquel le moustiquaire était destiné? Comme le révèle la preuve sans contradiction et comme le prononce d'ailleurs le premier juge, c'était d'empêcher les moustiques et les oiseaux de pénétrer dans la chambre. C'était là son seul but et le moustiquaire dont il s'agit était en tout et absolument apte à l'usage auquel il était destiné.



And the Chief Justice concluded:

[TRANSLATION] The accident occurred because the child used it for a purpose for which it was in no way intended.

The evidence presented regarding the use for which the screen was intended was as follows.

The engineer Wiggs described the purpose of these screens:

These windows are designed for three reasons: one reason to keep the birds out, because people usually object to birds in their bedrooms, and they even object more seriously to bats which will very commonly go into a lot of rooms if there is no screen on. Besides keeping birds and bats out of bedrooms, it also keeps flies out of bedrooms, I mean the large flies, not the small mosquitoes, but the large house flies, so in conclusion it serves the purposes of keeping out bats, birds and house flies.

Q. Now, Mr. Wiggs, were the fly screens intended to prevent people from getting out of the windows?

A. No, because you could shove the fly screen out readily, the fly screens are of course intended to prevent flies and bats from coming in.

Q. Was it intended that the fly screens would be strong enough to keep people in?

A. No.

The witness Frank MacDowell, an architect for the National Railways, testified to the same effect:

Q. And do some of your hotels have fly screens?

A. Yes, they surely do.

Q. And are these fly screens made of sufficient strength to prevent people from getting out, jumping out or falling out of windows?

A. No, the primary use of these fly screens is to prevent the infiltration of insects.

The contractor Daoust said:

[TRANSLATION] . . . the screen is not there for nothing, it is there to stop flies and insects from getting in: it is not there to protect anyone. It is really only an ornament.

Et le Juge en chef de conclure:

L'accident est survenu parce que l'enfant s'en est servi pour un usage auquel il n'était nullement destiné.

La preuve faite relativement à l'usage auquel le moustiquaire était destiné est la suivante.

L'ingénieur Wiggs décrit le but de ces moustiquaires:

[TRADUCTION] Ces fenêtres ont été conçues pour trois raisons. Une de ces raisons est d'exclure les oiseaux, parce qu'en général les gens n'aiment pas qu'il y ait des oiseaux dans leurs chambres à coucher, et ils aiment encore moins les chauves-souris qui très fréquemment pénètrent dans bien des chambres s'il n'y a pas de moustiquaire. En plus d'exclure les oiseaux et les chauves-souris des chambres à coucher, il exclut également les mouches, c'est-à-dire les grosses mouches, pas les petits moustiques, mais les grosses mouches domestiques; donc pour conclure, le moustiquaire sert à exclure les chauves-souris, les oiseaux et les mouches.

Q. Alors, M. Wiggs, les moustiquaires étaient-ils destinés à empêcher les gens de sortir par les fenêtres?

R. Non, parce qu'en le poussant on pouvait facilement enlever le moustiquaire; les moustiquaires, évidemment, sont destinés à empêcher les mouches et les chauves-souris d'entrer.

Q. Les moustiquaires ont-ils été conçus de manière à être assez solides pour garder les gens à l'intérieur?

R. Non.

Le témoin Frank MacDowell, architecte des Chemins de fer nationaux, témoigne dans le même sens;

[TRADUCTION] Q. Et certains de vos hôtels sont-ils munis de moustiquaires?

R. Oui, bien sûr.

Q. Et ces moustiquaires sont-ils assez solides pour empêcher les gens de sortir, de sauter ou de tomber par les fenêtres?

R. Non, la destination principale de ces moustiquaires est d'empêcher les insectes de pénétrer à l'intérieur.

L'entrepreneur Daoust dit:

. . . le moustiquaire en réalité il n'est pas là pour rien, il est là pour empêcher les mouches de rentrer et les insectes, il n'est pas fait pour protéger personne. C'est réellement seulement une parure.

Finally, the witness Stanley Shanks, who had worked for Cresswell-Pomeroy Ltd., the manufacturer of these screens, answered a question put to him by counsel for the respondent:

Q. What was it designed to do, what was it intended to do? <sup>a</sup>

A. It was designed to keep out the flies and insects.

And in cross-examination:

Q. To your knowledge did the Cresswell-Pomeroy Company ever run any tests on that particular screen, was it tested in so far as its resistance to certain forces was concerned?

A. No, at least I don't think it ever was.

This uncontradicted evidence is all that was presented on the use for which the screen was intended. I think it is worth mentioning that the use ascribed to it by the witnesses is in accordance with that given in the definition in *Petit Robert*, 1979 edition:

[TRANSLATION] 1° Curtain of gauze or muslin put around beds to keep out mosquitoes. 2° Frame of wire gauze placed at windows and doors to keep mosquitoes and flies from entering a house. <sup>e</sup>

(I note in passing that the same dictionary mentions that in Canada "moustiquaire" [screen] <sup>f</sup> is a masculine noun, and I have used it in this judgment in the masculine.)

In the passage cited above regarding the intended use of a screen, the trial judge expressed her own opinion on the use to which a screen should be put and, with respect, it seems to me that she is substituting this personal opinion for the conclusion which follows from the uncontradicted evidence as to the actual use of the screen in question. <sup>h</sup>

Shortly before that, the trial judge had written:

Normally, one can count on the safety and strength of screens to prevent small children from falling from a window. <sup>i</sup>

If this reasoning is carried to its logical conclusion, it would follow that it would not have been careless for the parents of the child to leave her on the window sill if they had seen her there, since on this view it should be possible to rely on the <sup>j</sup>

Enfin, le témoin Stanley Shanks, qui avait été à l'emploi de Cresswell-Pomeroy Ltd., fabricant des moustiquaires, répond à une question que lui pose le procureur de l'intimée:

[TRADUCTION] Q. Quel en est le but, la destination?

R. Il est conçu pour empêcher les mouches et les insectes d'entrer.

<sup>b</sup> Et, en contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Q. A votre connaissance, la société Cresswell-Pomeroy a-t-elle jamais fait subir d'épreuves à ce moustiquaire, a-t-on éprouvé sa résistance à certaines forces?

<sup>c</sup> R. Non, du moins je ne le crois pas.

Cette preuve non contredite est la seule que l'on trouve sur l'usage auquel le moustiquaire était destiné. Je crois utile de signaler que l'usage que <sup>d</sup> les témoins lui prêtent est conforme à celui que lui reconnaît la définition du *Petit Robert*, édition de 1979:

1° Rideau de gaze ou de mousseline dont on entoure les lits pour se préserver des moustiques. 2° Châssis en toile métallique que l'on place aux fenêtres et aux portes pour empêcher les moustiques, les mouches d'entrer dans une maison. <sup>e</sup>

(Je note en passant que le même dictionnaire constate qu'au Canada «moustiquaire» est un nom masculin et c'est au masculin que je l'ai employé dans ce texte.) <sup>f</sup>

Dans le passage cité plus haut relativement à la destination d'un moustiquaire, le premier juge exprime sa propre opinion sur la fonction qu'un moustiquaire devrait avoir et, je le dis avec égard, il me paraît qu'elle substitue cette opinion personnelle à la conclusion qui découle d'une preuve non contredite quant à la fonction effective du moustiquaire en question. <sup>h</sup>

Un peu plus haut, le premier juge avait écrit:

[TRADUCTION] Normalement, on peut se fier à la sécurité et à la force des moustiquaires pour empêcher un jeune enfant de tomber par la fenêtre. <sup>i</sup>

Si l'on pousse ce raisonnement jusqu'au bout, il faudra conclure qu'il n'aurait pas été imprudent pour les parents de l'enfant de la laisser sur le bord de la fenêtre s'ils l'avaient vue là, puisque, selon cette opinion, on devrait pouvoir se fier à la force <sup>j</sup>

strength of screens to prevent a small child falling through a window or on a four-year old child being unable to open them.

I prefer the point of view stated by Lajoie J.A. when he observed:

[TRANSLATION] Little Anastasia managed to reach the window, and from there fall to the ground, because she momentarily escaped from supervision. I do not think that if the parents had seen their daughter climb onto the radiator they would have relaxed and let her do it in reliance on the safety and strength of the screen. This demonstrates that, in the mind of any reasonable man, the grating did not have the intended use now attributed to it.

I would add that even if the screen had the safety and strength of a closed glass window, we have no assurance that it would have prevented a child from falling if she had tumbled into the window, as happened in *City of Ottawa v. Munroe*, [1954] S.C.R. 756, a decision of this Court on facts which occurred in Ontario, but which the Court of Appeal cited because of the similarity in the facts and the concept of a trap, a point to which I will return.

In my view, the Court of Appeal properly held that art. 1055 of the *Civil Code* does not apply to the circumstances of the case at bar.

#### IV—Article 1053

As I mentioned earlier, the trial judge did not expressly refer to art. 1053. However, she held that the screen, which she found to be defective, with the window next to the radiator, together constituted a trap for the child and her parents. She explained her point of view as follows:

The window being so near such a radiator and being easily reachable by a child of approximately 36 inches constituted an attraction for a child specially of the age of Anastasia. Consequently, the defective screen of such window constituted a trap for Anastasia who must have climbed on the radiator in order to be able to look out from the window. Then the only possible explanation for this accident is that the child, once on the radiator, had only to press on the defective screen which opened and let her fall down.

It constituted also a trap for parents taking care of their children. Normally, one can count on the safety

des moustiquaires pour empêcher un jeune enfant de tomber par la fenêtre ou à l'impossibilité pour un enfant de quatre ans de les ouvrir.

Je trouve préférable le point de vue exprimé par le juge Lajoie de la Cour d'appel quand il écrit:

C'est parce que la petite Anastasia a momentanément échappé à la surveillance qu'elle a réussi à atteindre la fenêtre et de là, plonger au sol. Je ne puis croire que si les parents avaient vu leur fille grimper sur le calorifère ils se seraient reposés pour la laisser faire sur la solidité présumée du moustiquaire. Cela illustre que ce grillage, dans la pensée de tout bon père de famille, n'avait pas la destination qu'on veut maintenant lui attribuer.

J'ajouterais que même si le moustiquaire avait eu la solidité d'une fenêtre vitrée et fermée, nous n'avons pas l'assurance qu'il aurait empêché la chute de l'enfant dans l'hypothèse où celle-ci aurait basculé dans la fenêtre, comme il est arrivé dans *City of Ottawa c. Munroe*, [1954] R.C.S. 756, un arrêt de cette Cour relatif à des faits survenus en Ontario, mais que la Cour d'appel cite à cause de la similitude des faits et de la notion de piège, un sujet sur lequel je reviendrai.

A mon avis, la Cour d'appel a eu raison de décider que l'art. 1055 du *Code civil* ne s'applique pas aux circonstances de cette affaire.

#### IV—L'article 1053

Comme je l'ai déjà dit, le premier juge n'invoque pas expressément l'art. 1053. Mais elle tient que le moustiquaire qu'elle trouve défectueux, avec la fenêtre à proximité du calorifère, constituaient ensemble un piège pour l'enfant et ses parents. Voici comment elle s'en explique:

[TRADUCTION] La fenêtre, étant donné qu'elle se trouvait si près du radiateur et qu'elle pouvait facilement être atteinte par un enfant mesurant 36 pouces, était de nature à attirer un tel enfant, particulièrement s'il avait l'âge d'Anastasia. Par conséquent, le moustiquaire défectueux de cette fenêtre constituait un piège pour Anastasia qui a dû grimper sur le radiateur afin de pouvoir regarder par la fenêtre. Cet accident ne peut alors s'expliquer que par le fait que l'enfant, une fois sur le radiateur, n'avait qu'à pousser contre le moustiquaire défectueux qui s'est ouvert laissant ainsi tomber l'enfant.

Il constituait également un piège pour les parents surveillant leurs enfants. Normalement, on peut se fier à

and strength of screens to prevent small children from falling from a window. And specially so in a hotel which is advertising itself as a first class family hotel. Having not noticed anything wrong with the window and the screen in question, Mr. and Mrs. Rubis could not easily have foreseen this most unfortunate accident.

Tremblay C.J., with whom Lajoie J.A. concurred, took a different view. He wrote:

[TRANSLATION] The condition of the premises was clearly apparent and, if it presented a danger, the danger was apparent and Anastasia's parents should have protected her from it.

The concept of a trap, an ambush, a pitfall, is especially associated in the common law with an occupier's liability towards anyone in the position of a licensee:

A licensee takes premises, which he is merely permitted to enter, just as he finds them. The one exception to this is that, as it is put shortly, the occupier must not lay a trap for him or expose him to a danger not obvious nor to be expected there under the circumstances.

Lord Sumner in *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, [1923] A.C. 253, at p. 274.

While the class of licensee is peculiar to the common law, the concept of a trap is not, and is found in civil law not as a legal classification but as one of the many factual situations whose existence it may be possible to attribute to fault by the occupier, to his action or to his negligence, and which may make him liable under the general rule stated in art. 1053 of the *Civil Code*. This is why the Quebec courts often consider whether a given situation amounts to a trap, in order to decide whether the occupier committed any fault in allowing that situation to exist.

The infinite variety of factual situations makes it impossible to define exactly what constitutes a trap. However, we can say that a trap is in general an intrinsically dangerous situation. The danger should not be apparent but hidden: for example, a door opening not onto a regular stairway, as might be expected, but onto vertical steps like those of a scaffold: *Drapeau v. Gagné*, [1945] Que. K.B. 303;

la sécurité et à la solidité des moustiquaires pour empêcher un jeune enfant de tomber par la fenêtre. Et cela tient d'autant plus dans le cas d'un hôtel qui, dans sa publicité, se présente comme un hôtel familial de première classe. N'ayant constaté aucun vice de la fenêtre ni du moustiquaire en cause, M. et Mme Rubis ne pouvaient facilement prévoir cet accident des plus regrettables.

Le juge en chef Tremblay, avec qui le juge Lajoie est d'accord, est d'un avis différent. Il écrit:

La situation des lieux était clairement apparente et, si elle présentait un danger, c'était un danger apparent et les parents d'Anastasia auraient dû l'en protéger.

La notion de piège, d'embûche ou de traquenard est particulièrement reliée à la *common law* à la responsabilité du maître des lieux vis-à-vis de la catégorie de *licensee*:

[TRADUCTION] Le *licensee*, qui n'a que la permission d'entrer sur les lieux, doit les accepter tels qu'ils sont. Ce principe souffre une seule exception qui est, brièvement, que l'occupant ne doit lui tendre aucun piège ni l'exposer à aucun danger qui ne soit ni évident ni attendu dans les circonstances.

Lord Sumner dans *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, [1923] A.C. 253 à la p. 274.

Mais si la catégorie du *licensee* est propre à la *common law*, la notion de piège, elle, ne l'est pas et se retrouve en droit civil, non pas comme une catégorie juridique mais comme une des innombrables situations de fait dont la présence est parfois susceptible d'être imputable à la faute du maître des lieux, à son fait ou à sa négligence et d'engager sa responsabilité en vertu de la règle générale énoncée à l'art. 1053 du *Code civil*. C'est pourquoi l'on voit souvent les tribunaux du Québec se demander si une situation donnée équivaut à un piège afin de décider si le maître des lieux a commis une faute en tolérant cette situation.

L'infinie variété des faits empêche que l'on définisse avec précision ce que c'est qu'un piège. On peut cependant dire que le piège est généralement une situation intrinsèquement dangereuse. Le danger ne doit pas être apparent mais caché; par exemple une porte ouvrant non pas sur un véritable escalier comme on pouvait s'y attendre mais sur des marches verticales comme celles d'un esca-

a stake fixed in the grass of a path and hidden by it: *Girard v. City of Montreal*, [1962] C.S. 361; but not a step in a well-lit corridor: *Hôtel Montcalm Inc. v. Lamberston*, [1965] Que. Q.B. 79. The concept of a trap generally includes some connotation of abnormality and surprise, in view of the circumstances; for example, a hole in the roof of a building under construction is not a trap for a workman working on the roof: *Larivée v. Canadian Technical Tape Limited*, [1966] Que. Q.B. 700; see also *Perron v. Provost*, [1959] Que. Q.B. 531.

Like the Court of Appeal, I am unable to see any trap in the condition of the premises as described by the trial judge and the witnesses, and as appears clearly on several photographs. The window in question is an ordinary window, as is the radiator underneath. Radiators are normally and regularly placed in such a position. An open window is of course capable of attracting the attention of a small child, but almost all situations involve some risk when one is dealing with small children. If, as the trial judge found, the situation of the premises involved a danger, since they facilitated access to the window, then the danger was apparent to the victim's parents, and it was they who had a duty to protect her without relying on the safety and strength of the screen, which was not intended to be used to keep children indoors. In my opinion, there can be no more question of a trap in the case at bar than in *City of Ottawa v. Munroe, supra*; and respondent committed no fault by leaving in place a screen which, with due respect to the trial judge, was not defective in terms of the use for which it was intended.

Appellant had the burden of proving that respondent was at fault, and she has not succeeded in doing so.

#### V—Invitees, licensees and trespassers in civil law

Counsel for the appellant argued that appellant was an invitee, and he referred the Court to a great many common law precedents. At common law, the duties owed by the occupier to persons on

beau: *Drapeau c. Gagné*, [1945] B.R. 303; un piquet planté dans l'herbe d'un sentier et dissimulé par celle-ci: *Girard c. City of Montreal*, [1962] C.S. 361; mais non pas une marche dans un corridor bien éclairé: *Hôtel Montcalm Inc. c. Lamberston*, [1965] B.R. 79. Il y a généralement dans l'idée de piège une connotation d'anormalité et de surprise, eu égard à toutes les circonstances; par exemple, un trou dans le toit d'un bâtiment en construction n'est pas un piège pour un ouvrier travaillant sur ce toit: *Larivée c. Canadian Technical Tape Limited*, [1966] B.R. 700; voir également *Perron c. Provost*, [1959] B.R. 531.

Pas plus que la Cour d'appel je ne suis capable de voir de piège dans l'état des lieux tel que le décrivent le premier juge et les témoins et tel qu'il apparaît clairement sur plusieurs photographies.

La fenêtre en question est une fenêtre ordinaire tout comme le calorifère placé au-dessous. Il est normal et fréquent que des calorifères soient ainsi placés. Bien sûr, une fenêtre ouverte est susceptible d'attirer un jeune enfant, mais presque toutes les situations comportent un risque lorsque l'on a affaire à un enfant en bas âge. Si, comme l'a décidé le premier juge, la disposition des lieux comportait un danger puisqu'elle facilitait l'escalade de la fenêtre, alors c'était un danger apparent pour les parents de la victime et c'est à eux qu'il incombait de la protéger sans compter sur la solidité d'un moustiquaire qui n'avait pas pour fonction de retenir l'enfant à l'intérieur. A mon avis, il ne peut pas plus être question de piège dans cette affaire que dans *City of Ottawa c. Munroe*, précitée. Et l'intimée n'a commis aucune faute en laissant en place, un moustiquaire qui, je le dis avec égard pour le premier juge, ne comportait pas de défektivité si l'on tient compte de sa destination.

Il incombait à l'appelante de prouver la faute de l'intimée et elle n'y a pas réussi.

#### V—Les invitees, licensees et trespassers en droit civil

Le procureur de l'appelante soutient que l'appelante était une *invitee* et il nous a référés à un grand nombre d'arrêts venant de la *common law*. En *common law* en effet, les obligations du maître

the premises vary depending on whether these persons fall into certain abstract categories, invitees (*Indermaur v. Dames*, (1866) L.R. 1 C.P. 274; (1866) 14 L.T.R. 484), licensees (*Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, *supra*) and trespassers (*Robert Addie and Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*, [1929] A.C. 358).

I have already had occasion to express doubt as to whether these categories are part of the civil law: *Hamel v. Chartré*, [1976] 2 S.C.R. 680, at p. 688. My doubt was based on the fact that for over twenty years, the Quebec courts themselves have often relied on these concepts, sometimes on the questionable ground that they led to the same result as the civil law. Albert Mayrand, subsequently a judge of the Court of Appeal, reviewed these decisions in a remarkable article, "A quand le trépas du «trespasser»?", (1961) 21 *R. du B.* 1. See also Mignault, "Conservons notre droit civil" (1936-1937), 15 *R. du D.* 28; Nadeau, "Invitee, licensee et trespasser" (1944), 4 *R. du B.* 286; Nadeau, "Case and Comment" (1948), 26 *Can. Bar Rev.* 728; Antonio Perrault, "La critique des arrêts" (1945), 5 *R. du B.* 491.

However, I no longer entertain any doubt, and I am of the opinion that it is an error to refer to these common law categories in the civil law. They detract from the generality of art. 1053, disregard the presumption of art. 1054 and the special provisions of art. 1055, and we cannot be sure that they would necessarily lead to the same result as the civil law principles.

For the most part, it is trial court judgments which have tended to resort to the common law, and the Court of Appeal has from time to time opposed this tendency: *Drapeau v. Gagné*, *supra*; *Riel v. Murren Co. Ltd.*, [1971] C.A. 367. Rinfret C.J. had a similar reaction in *Eaton v. Moore*, [1951] S.C.R. 470 at p. 476.

I know of no decision of this Court which has upheld in civil law the distinction between an invitee and a licensee. It is possible that this Court came quite close to recognizing the category of

des lieux vis-à-vis des personnes qui s'y trouvent varient selon que ces personnes entrent dans des catégories abstraites, les *invitees*, (*Indermaur v. Dames*, (1866) L.R. 1 C.P. 274; (1866) 14 L.T.R. 484), les *licensees* (*Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, précité) et les *trespassers* (*Robert Addie and Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck*, [1929] A.C. 358).

J'ai déjà eu l'occasion de mettre en doute le fait que ces catégories fassent partie du droit civil: *Hamel c. Chartré*, [1976] 2 R.C.S. 680 à la p. 688. Si j'entretenais un doute, c'est que pendant au delà d'une vingtaine d'années, les tribunaux québécois eux-mêmes se sont assez souvent appuyés sur ces concepts en invoquant parfois le motif discutabile qu'ils conduisaient au même résultat que le droit civil. Albert Mayrand, plus tard juge de la Cour d'appel fait le dénombrement de ces décisions dans un article remarquable, «A quand le trépas du «trespasser»?», (1961) 21 *R. du B.* 1. Voir également: Mignault, «Conservons notre droit civil», (1936-1937) 15 *R. du D.* 28; Nadeau, «Invitee, licensee et trespasser», (1944) 4 *R. du B.* 286; Nadeau, «Case and Comment», (1948) 26 *R. du B. Can.* 728; Antonio Perrault, «La critique des arrêts», (1945) 5 *R. du B.* 491.

Mais je n'éprouve plus de doute et je suis d'avis que c'est une erreur d'invoquer en droit civil ces catégories de la *common law*. Elles dérogent à la généralité de l'art. 1053, ne tiennent pas compte de la présomption de l'art. 1054 et des particularités de l'art. 1055 et on ne peut pas être assuré qu'elles conduisent nécessairement au même résultat que les principes du droit civil.

Pour la plus grande partie, ce sont des jugements de première instance qui ont eu tendance à recourir à la *common law* et la Cour d'appel a parfois réagi contre cette tendance: *Drapeau c. Gagné*, précité; *Riel c. Murren Co. Ltd.*, [1971] C.A. 367. Le juge en chef Rinfret, de cette Cour, a réagi de la même façon dans *Eaton c. Moore*, [1951] R.C.S. 470 à la p. 476.

Je ne connais aucun arrêt de cette Cour qui ait sanctionné la distinction entre *invitee* et *licensee* en droit civil. Il est possible que cette Cour soit venue bien près de reconnaître la catégorie du *trespasser*

“trespasser” in *Canadian National Railways v. Lancia*, [1949] S.C.R. 177, but the decision was based on an absence of fault by the appellant company.

Consideration must be given to intrusions or permissions granted by the occupier not in terms of abstract categories, but because they may, for example, affect the question of what is foreseeable, and they form part of the fabric of circumstance which must be taken into consideration in deciding whether the occupier has acted in an imprudent way. That is what this Court did in *Cité de Verdun v. Yeoman*, [1925] S.C.R. 177.

We do not have to decide how we would judge if we applied the common law. Common law precedents are of no assistance in the case at bar, and we must apply to them what Mignault J. wrote in *Desrosiers v. The King* (1920), 60 S.C.R. 105, at p. 126:

[TRANSLATION] With respect, it seems to me that it is time to react against the habit, in cases from the province of Quebec, of resorting to English common law precedents, on the ground that the Civil Code contains a rule which is in accordance with a rule of English law. On many points [ . . . ] the Civil Code and the common law do have similar rules. However, the civil law is a complete system in itself and must be interpreted in accordance with its own rules. If, whenever the legal principles are the same, the courts can resort to English law in order to interpret French civil law, the monuments of French jurisprudence might equally be cited to throw light upon the rules of English law. I repeat, each system is complete in itself, and apart from the case where one system takes from the other a rule that was formerly foreign to it, there is no need to go beyond it in search of the rule which should be applied to varied situations that arise in daily practice.

In the same case, Brodeur J. came to the same conclusion, at p. 125, and Anglin J., as he then was, wrote at pp. 119-20:

This case affords an excellent illustration of the danger of treating English decisions as authorities in Quebec cases which do not depend upon doctrines derived from the English law.

dans *Canadian National Railways c. Lancia*, [1949] R.C.S. 177, mais la décision se justifie par l'absence de faute de la compagnie appelante.

<sup>a</sup> Sans doute faut-il parfois tenir compte des intrusions ou des permissions accordées par le maître des lieux, non pas comme s'il s'agissait de catégories abstraites, mais parce qu'elles sont susceptibles par exemple d'affecter la prévisibilité et qu'elles font partie de l'ensemble des circonstances qu'il importe de prendre en considération pour juger si le maître des lieux s'est conduit de façon imprudente. C'est ce que cette Cour a fait dans <sup>c</sup> *Cité de Verdun c. Yeoman*, [1925] R.C.S. 177.

Nous n'avons pas à décider quel devrait être notre jugement si nous appliquions la *common law*. Les précédents de la *common law* ne sont <sup>d</sup> d'aucune utilité dans la présente affaire et il faut leur appliquer ce que le juge Mignault écrivait dans *Desrosiers c. Le Roi* (1920), 60 R.C.S. 105 à la p. 126:

<sup>e</sup> Il me semble respectueusement qu'il est temps de réagir contre l'habitude de recourir, dans les causes de la province de Québec, aux précédents du droit commun anglais, pour le motif que le code civil contiendrait une règle qui serait d'accord avec un principe du droit anglais. Sur bien des points, [ . . . ] le code civil et le <sup>f</sup> *common law* contiennent des règles semblables. Cependant le droit civil constitue un système complet par lui-même et doit s'interpréter d'après ses propres règles. Si pour cause d'identité de principes juridiques on peut recourir au droit anglais pour interpréter le droit civil <sup>g</sup> français, on pourrait avec autant de raison citer les monuments de la jurisprudence française pour mettre en lumière les règles du droit anglais. Chaque système, je le répète, est complet par lui-même, et sauf le cas où un système prend dans l'autre un principe qui lui était <sup>h</sup> auparavant étranger, on n'a pas besoin d'en sortir pour chercher la règle qu'il convient d'appliquer aux espèces bien diverses qui se présentent dans la pratique journalière.

<sup>i</sup> Dans le même arrêt le juge Brodeur opine dans le même sens à la p. 125 et le juge Anglin, plus tard Juge en chef, écrit aux pp. 119 et 120:

<sup>j</sup> [TRADUCTION] La présente affaire illustre très bien le danger auquel on s'expose en traitant les décisions anglaises comme des précédents dans les causes québécoises qui ne sont pas régies par des principes dérivés du droit anglais.

This passage was cited and approved by Rinfret J., speaking for this Court, in *Hallé v. Canadian Indemnity Company*, [1937] S.C.R. 368, at p. 384.

#### VI—The role of an appellate court

Finally, counsel for the appellant submitted that the Court of Appeal had wrongly reversed the Superior Court on questions of fact.

Opinion is divided as to this Court's role when an appellate court intervenes on questions of fact; the different views are summarized in the dissenting opinion of Laskin J., as he then was, in *Hood v. Hood*, [1972] S.C.R. 244. In the case at bar, the Court of Appeal accepted the facts as described by the trial judge; but it did not draw the same conclusions from them. The case is therefore really akin to that in *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288 and *Voyageur Provincial Inc. v. Guidolin*, [1977] 2 S.C.R. 1112. Additionally, as I mentioned above, the Superior Court erred in law, and this justified the Court of Appeal in undertaking to review the conclusions to be drawn from the facts as found by the trial judge.

I find no error of law or fact in the decision of the Court of Appeal.

#### VII—Conclusion

The appeal should be dismissed with costs.

The reasons of Estey and McIntyre JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—This action arose as a result of injuries sustained on September 2, 1964 by Anastasia Rubis, then an infant of four years, at a resort hotel in the Province of Quebec. The little girl was at the time accompanying her parents and sister as guests in the Gray Rocks Inn. The mother, father and two children were living in a room in the hotel with bathroom adjoining and which room had two windows each equipped with aluminum screens. The injuries were sustained when the little girl fell through the screen to a paved area four stories below.

Ce passage a été cité et approuvé par le juge Rinfret, parlant pour cette Cour dans *Hallé c. Canadian Indemnity Company*, [1937] R.C.S. 368 à la p. 384.

#### <sup>a</sup> VI—Le rôle d'une cour d'appel

<sup>b</sup> Enfin, le procureur de l'appelante reproche à la Cour d'appel d'avoir infirmé la Cour supérieure sur des questions de fait.

<sup>c</sup> Les avis sont partagés quant au rôle de cette Cour lorsqu'une Cour d'appel intervient sur des questions de fait; ils sont résumés dans l'opinion dissidente du juge Laskin, plus tard Juge en chef, dans *Hood c. Hood*, [1972] R.C.S. 244. Dans la présente affaire, la Cour d'appel accepte les faits tels que les décrit le premier juge. Mais elle ne les apprécie pas de la même façon. Il s'agit donc <sup>d</sup> plutôt d'un cas qui s'apparente à *Pelletier c. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635, *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288 et *Voyageur Provincial Inc. c. Guidolin*, [1977] 2 R.C.S. 1112. Au surplus, comme je l'ai déjà dit, la Cour supérieure avait <sup>e</sup> erré en droit ce qui justifiait la Cour d'appel de procéder à une nouvelle appréciation des conclusions à tirer des faits déterminés par le premier juge.

<sup>f</sup> Je ne trouve aucune erreur en droit ou en fait dans l'arrêt de la Cour d'appel.

#### VII—Conclusion

<sup>g</sup> Le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

Version française des motifs des juges Estey et McIntyre rendus par

<sup>h</sup> LE JUGE ESTEY (*dissident*)—Les blessures subies le 2 septembre 1964 par Anastasia Rubis, alors une enfant âgée de quatre ans, à un hôtel de villégiature dans la province de Québec, sont à l'origine de cette action. A l'époque en question la fillette accompagnait ses parents et sa soeur qui <sup>i</sup> étaient clients de Gray Rocks Inn. La mère, le père et les deux enfants occupaient une chambre d'hôtel avec salle de bains attenante; la chambre avait deux fenêtres munies l'une et l'autre d'un moustiquaire d'aluminium. La fillette a subi ses blessures <sup>j</sup> lorsqu'elle est tombée d'une fenêtre du quatrième étage sur le pavé.



The aluminum screens were, or should have been, held in place by pins on each edge of the screen which when inserted in the frame of the window made the screens secure. The sill of the window in which the screen was installed was 27½ inches from the floor of the room. Fastened to the wall immediately below the window was a radiator 19½ inches in height and projecting from the wall 2¾ inches. Anastasia was approximately 36 inches in height. The hotel in question was a resort hotel described in exhibits at trial as being "a first class family hotel".

The trial judge summarized the incident as follows:

On September 2, 1964, shortly before noon, the members of the Rubis family were in their hotel room. Mr. Rubis was shaving while Mrs. Rubis was resting on her bed and playing with her children. Then Mrs. Rubis decided to prepare a bottle of milk for her two-year child and entered the bathroom in order to clean the nipple. As the bathroom was quite small Mr. Rubis still wiping his face with a towel, stepped from the bathroom into the bedroom. He then saw the feet of his daughter Anastasia disappearing out of the window and the screen swing back into place. Anastasia landed on the ground below, suffering serious injuries.

The trial judge made certain observations and findings with reference to these facts:

1) The fact that the screen in question would open with the slightest touch has not been contradicted by anyone. [ . . . ] Consequently the screen in question in this case was defective in that it opened too easily. Had the screen not been defective, there is no plausible way in which the accident in question could have occurred. Moreover, the window had not been lifted during the time when Mr. and Mrs. Rubis occupied their room. Mr. Rubis has mentioned that they had not touched the window. This testimony relative to the defective screen has not been contradicted by anyone not even by the experts or other witnesses of the Defendant.

2) The window being so near such a radiator and being easily reachable by a child of approximately 36 inches constituted an attraction for a child specially of the age of Anastasia. Consequently, the defective screen of such window constituted a trap for Anastasia who must have climbed on the radiator in order to be able to look out

Les moustiquaires d'aluminium étaient munis au bord gauche et au bord droit de chevilles qui, en s'insérant dans le châssis de fenêtre, les maintenaient ou auraient dû les maintenir en place. L'appui de la fenêtre où se trouvait le moustiquaire en cause était à 27½ pouces du sol dans la chambre. Attaché au mur immédiatement au-dessous de la fenêtre il y avait un radiateur mesurant 19½ pouces de haut et faisant saillie de 2¾ pouces du mur. Anastasia mesurait elle-même environ 36 pouces. L'hôtel en question est un hôtel de villégiature que des pièces déposées au procès décrivent comme [TRADUCTION] «un hôtel familial de première classe».

Le juge de première instance a ainsi résumé les événements:

[TRADUCTION] Le 2 septembre 1964, un peu avant midi, les membres de la famille Rubis étaient dans leur chambre d'hôtel. M. Rubis se rasait tandis que Mme Rubis se reposait sur son lit et jouait avec les enfants. Mme Rubis a décidé alors de préparer un biberon de lait pour l'enfant âgée de deux ans et est allée à la salle de bains nettoyer la tétine. Comme la salle de bains était assez petite, M. Rubis, toujours en train de s'essuyer le visage avec une serviette, est sorti de la salle de bains et est entré dans la chambre à coucher. C'est alors qu'il a vu les pieds de sa fille Anastasia qui disparaissaient par la fenêtre et le moustiquaire qui se refermait. Anastasia est tombée à terre, subissant de graves blessures.

Puis elle a fait des observations sur ces faits et en a tiré des conclusions:

[TRADUCTION] 1) Personne n'a nié que le moustiquaire en question s'ouvrirait au moindre toucher [ . . . ] Il s'ensuit donc que ce moustiquaire était défectueux puisqu'il s'ouvrirait trop facilement. Si le moustiquaire n'avait pas été défectueux, l'accident n'aurait pu se produire d'aucune façon plausible. De plus, on n'avait pas levé la fenêtre pendant le temps que M. et Mme Rubis occupaient leur chambre. M. Rubis a dit qu'ils n'ont pas touché à la fenêtre. Personne, pas même les experts ni les autres témoins de la défenderesse, n'a contredit ce témoignage relatif au moustiquaire défectueux.

2) La fenêtre, étant donné qu'elle se trouvait si près du radiateur et qu'elle pouvait facilement être atteinte par un enfant mesurant 36 pouces, était de nature à attirer un tel enfant, particulièrement s'il avait l'âge d'Anastasia. Par conséquent, le moustiquaire défectueux de cette fenêtre constituait un piège pour Anastasia qui a dû

from the window. Then the only possible explanation for this accident is that the child, once on the radiator, had only to press on the defective screen which opened and let her fall down.

3) It constituted also a trap for parents taking care of their children. Normally, one can count on the safety and strength of screens to prevent small children from falling from a window. And specially so in a hotel which is advertising itself as a first class family hotel. Having not noticed anything wrong with the window and the screen in question, Mr. and Mrs. Rubis could not easily have foreseen this most unfortunate accident.

4) They behaved as reasonable parents. At no time in fact were their children left alone or ignored. It is the opinion of the Court that the accident in question occurred through no fault whatsoever on the part of the Plaintiff or his wife.

5) It did however occur through the negligence of the Defendant who neglected the obligations imposed upon it by law under article [*sic*] 1054 and 1055 of the Civil Code.

The learned trial judge also commented on the submission by the defendant, the owner of the hotel, that the screen was not intended or designed for the use to which it was put by the child as the screen in question was to "keep flies, birds and bats out of the building and not to prevent people from falling out". The trial judge responded to this argument as follows:

A screen essentially is a window, save and except for the fact that a window while closed does not permit air to enter a room while a screen does. In other respects, a screen like a window permits sunshine to enter a room and prevents insects, birds, etc., from entering. A screen and a window have an interchangeable function and during the more temperate periods of the year when fresh air is desirable, screens are utilized for the basic reasons already referred to.

In summary therefore, the Court cannot accept in this particular case the argument of Defendant to the effect that since a screen is only for the purpose of preventing flies, dirt, etc., from coming in, and permitting sunlight to enter and is not intended or designed for any other

grimper sur le radiateur afin de pouvoir regarder par la fenêtre. Cet accident ne peut alors s'expliquer que par le fait que l'enfant, une fois sur le radiateur, n'avait qu'à pousser le moustiquaire défectueux qui s'est ouvert laissant ainsi tomber l'enfant.

3) Il constituait également un piège pour les parents surveillant leurs enfants. Normalement, on peut se fier à la sécurité et à la solidité des moustiquaires pour empêcher un jeune enfant de tomber par la fenêtre. Et cela tient d'autant plus dans le cas d'un hôtel qui, dans sa publicité, se présente comme un hôtel familial de première classe. N'ayant constaté aucun vice de la fenêtre ni du moustiquaire en cause, M. et Mme Rubis ne pouvaient facilement prévoir cet accident des plus regrettables.

4) Ils se sont conduits en parents raisonnables. En fait, à aucun moment leurs enfants n'ont été laissées seules ou négligées. La Cour estime que l'accident est survenu sans aucune faute de la part du demandeur ou de sa femme.

5) Cependant, l'accident a eu lieu, à cause de la négligence de la défenderesse qui ne s'est pas acquittée des obligations légales que lui imposent les articles 1054 et 1055 du *Code civil*.

Le savant juge de première instance a également fait des observations sur la prétention de la défenderesse, propriétaire de l'hôtel, à l'effet que le moustiquaire, étant conçu pour [TRADUCTION] «exclure les mouches, les oiseaux et les chauves-souris du bâtiment et non pas pour empêcher les gens de tomber», n'était pas destiné à l'usage que l'enfant en a fait. Voici comment le juge de première instance a répondu à cet argument:

[TRADUCTION] Un moustiquaire est essentiellement une fenêtre, la seule différence étant qu'un moustiquaire, quand il est fermé, permet à l'air d'entrer dans une pièce. A d'autres égards, un moustiquaire, comme une fenêtre, permet au soleil de pénétrer dans une pièce tout en empêchant les insectes, les oiseaux, etc. d'y avoir accès. Un moustiquaire et une fenêtre remplissent sensiblement les mêmes fonctions et, aux époques plus tempérées de l'année, lorsqu'il est souhaitable d'avoir de l'air frais, on se sert de moustiquaires pour les raisons principales que j'ai déjà exposées.

En résumé donc, la Cour ne peut retenir en l'espèce l'argument de la défenderesse selon lequel, vu qu'un moustiquaire a pour seule destination d'empêcher les mouches, la poussière, etc. de pénétrer à l'intérieur tout en permettant au soleil d'y entrer, il n'y a pas lieu

purpose, a child injured as a consequence of a defective screen, should not be compensated.

In the result, damages were awarded against the owner of the building.

The Court of Appeal reversed the judgment at trial and dismissed the action. The Chief Justice, writing for himself, rejected the assimilation of a screen to a window although he did agree with the justice at trial that a child should be able to look out a window or press her hand or face against it. The Chief Justice then found that the purpose of the screen was to prevent mosquitoes and birds from entering the hotel room and that the screen was appropriate for that use but then concluded:

[TRANSLATION] The accident occurred because the child used it for a purpose for which it was in no way intended.

As to the question of the arrangement of the window and the radiator being a trap, the Chief Justice expressed doubt that on the facts an infant of three feet in height could have climbed up on the radiator without the help of some kind of a footstool and concluded:

[TRANSLATION] The condition of the premises was clearly apparent and, if it presented a danger, the danger was apparent and Anastasia's parents should have protected her from it.

He then referred to the decision of this Court in *City of Ottawa v. Munroe*, [1954] S.C.R. 756 observing that while that case is predicated upon the distinction in the common law between invitees, licensees and trespassers, the common law in this regard did not differ substantially from the civil law. This Court concluded in the *City of Ottawa* case that an arrangement of a platform and a window did not constitute a trap entitling recovery of damages sustained by a child falling from the platform through the window. Hence the learned Chief Justice appears to have concluded that the arrangement of the radiator and the window in the room assigned to the Rubis' did not constitute a trap. Justice Owen, speaking for himself, concluded:

1) ... it should not be said on the evidence in this case that, having in mind the intended function of the screen,

d'indemniser un enfant qui a subi des blessures en raison d'un vice du moustiquaire.

En définitive, la Cour a accordé des dommages-intérêts contre la propriétaire du bâtiment.

La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance et a rejeté l'action. Le Juge en chef, dans ses motifs écrits, tout en écartant la notion qu'un moustiquaire peut être assimilé à une fenêtre, a partagé l'avis du premier juge qu'un enfant doit pouvoir regarder par une fenêtre ou appuyer la main ou le visage contre cette fenêtre. Le Juge en chef a alors conclu que le moustiquaire avait pour destination d'empêcher les moustiques et les oiseaux d'entrer dans la chambre d'hôtel et que le moustiquaire convenait à cette destination, puis il a conclu:

L'accident est survenu parce que l'enfant s'en est servi pour un usage auquel il n'était nullement destiné.

Quant à la prétention que la disposition de la fenêtre et du radiateur constituait un piège, le Juge en chef a douté, compte tenu des faits, qu'un enfant mesurant trois pieds ait pu grimper sur le radiateur sans l'aide d'un tabouret quelconque et a conclu:

La situation des lieux était clairement apparente et, si elle présentait un danger, c'était un danger apparent et les parents d'Anastasia auraient dû l'en protéger.

Il s'est alors référé à l'arrêt de cette Cour *City of Ottawa c. Munroe*, [1954] R.C.S. 756, faisant l'observation que si cet arrêt repose sur la distinction en *common law* entre *invitees*, *licensees* et *trespassers*, la *common law* à cet égard n'est guère différente du droit civil. Cette Cour a conclu dans l'arrêt *City of Ottawa* que la disposition d'une plate-forme et d'une fenêtre ne constituait pas un piège donnant droit à indemnisation pour le préjudice subi par un enfant qui est tombé de la plate-forme par la fenêtre. Le savant Juge en chef semble donc avoir conclu que la disposition du radiateur et de la fenêtre dans la chambre des Rubis ne constituait pas un piège. Le juge Owen, exprimant son propre avis, a conclu:

[TRADUCTION] 1) ... compte tenu de la preuve, on ne doit pas dire en l'espèce que, vu la destination du

it was a defect in the screen which caused the fall of the child.

2) ... it should not be said that the screen in question in conjunction with the radiator adjacent to the window sill constituted a trap for the child.

The third member of the Court, Mr. Justice Lajoie, concluded:

[TRANSLATION] 1) The screen which opened to allow the Rubis child to fall through did not open of its own accord: it must have been subjected to some degree of pressure. This screen was made of wire netting. Even had the screen been made of canvas or of some light and flexible cloth, the owner certainly could not have been blamed for this and the accident would probably have occurred anyway. Whether the grating was open or gave way under the child's weight, it seems to me that the legal solution would be the same.

2) Little Anastasia managed to reach the window, and from there fall to the ground, because she momentarily escaped from supervision. I do not think that if the parents had seen their daughter climb onto the radiator they would have relaxed and let her do it in reliance on the safety and strength of the screen. This demonstrates that, in the mind of any reasonable man, the grating did not have the intended use now attributed to it.

This seems to be somewhat ambiguous in that it is not an express finding of fault on the part of the parents for lack of surveillance so much as an exoneration of the owner for the use of a screen in the window, whatever its condition. It may be that Mr. Justice Lajoie at the same time found the parents responsible for the injury to the infant because of lack of adequate surveillance on their part.

In any event, it is clear that none of the justices on appeal dealt with the essential finding of the trial judge that the accident occurred because the screen "was defective in that it opened too easily" and was thus the cause of the accident. There can be no question that there is some evidence in the record to support this conclusion and that the learned trial judge was correct in saying, "This testimony relative to the defective screen has not been contradicted by anyone ...".

moustiquaire, c'est un vice de celui-ci qui a causé la chute de l'enfant.

2) ... on ne doit pas dire que le moustiquaire en question ainsi que le radiateur situé près de l'appui de la fenêtre constituaient un piège pour l'enfant.

Le troisième membre de la Cour, le juge Lajoie, a conclu:

1) Le moustiquaire qui s'est ouvert pour permettre la chute de la jeune Rubis ne s'est pas ouvert spontanément, il a fallu qu'il soit soumis à une certaine pression. Ce moustiquaire était fait d'un treillis métallique. Eut-il été fait de voile ou de tissu léger et peu résistant, que l'on ne saurait en faire reproche au propriétaire et l'accident se serait vraisemblablement produit quand même. Que le grillage se soit ouvert ou ait été enfoncé sous le poids de l'enfant, la solution juridique me paraît devoir être la même.

2) C'est parce que la petite Anastasia a momentanément échappé à la surveillance qu'elle a réussi à atteindre la fenêtre et de là, plonger au sol. Je ne puis croire que si les parents avaient vu leur fille grimper sur le calorifère ils se seraient reposés pour la laisser faire sur la solidité présumée du moustiquaire. Cela illustre que ce grillage, dans la pensée de tout bon père de famille, n'avait pas la destination qu'on veut maintenant lui attribuer.

Cela paraît plutôt ambigu en ce sens qu'il ne s'agit pas tant d'une conclusion expresse à la responsabilité des parents qui n'auraient pas exercé une surveillance suffisante, que d'une disculpation de la propriétaire de l'accusation d'avoir utilisé un moustiquaire dans une fenêtre sans se préoccuper de son état. Il est possible que le juge Lajoie ait en même temps conclu que les parents étaient responsables des blessures subies par l'enfant parce qu'ils n'ont pas exercé une surveillance adéquate.

Quoi qu'il en soit, il est évident qu'aucun juge de la Cour d'appel n'a traité de la conclusion essentielle du juge de première instance que l'accident a eu lieu parce que le moustiquaire «était défectueux puisqu'il s'ouvrait trop facilement» et était donc à l'origine de l'accident. Il ne fait pas de doute qu'il y a au dossier des éléments de preuve à l'appui de cette conclusion et que le savant juge de première instance a eu raison quand elle a dit: «Personne, [...], n'a contredit ce témoignage relatif au moustiquaire défectueux».

In the face of this reversal of findings of fact for which there is evidence in support one might first turn to the role of an appellate tribunal in a review of the facts as found by a trial judge.

It is, of course, fundamental that an appellate tribunal should:

- (a) be reluctant to disturb a finding of fact, even where not entirely founded upon credibility of witnesses, unless the trial judge shall be seen to have thrown away his or her advantage in observing the witnesses during examination and cross-examination and in having the opportunity of assessing the testimony in the light of all the circumstances including the age and experience of the witnesses and the possibility that a witness, in testifying, had surrendered to the temptation of serving a purpose other than assisting the Court in its search for the truth; and
- (b) be free, on the other hand, to draw inferences from the evidence which may be different from those drawn by the trial judge. All this doubtless preoccupied Fauteux J., as he then was, when stating in *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288, at p. 293:

[TRANSLATION] In a case such as that now before the Court, the rules that should guide a first and a second court of appeal are well known. In view of the privileged position of the judge who presides at the trial, who sees and hears the parties and the witnesses and watches how they conduct themselves, the rule is that his opinion must be treated with the greatest respect by the appellate court, and that the latter's duty is not to retry the case, or to intervene to substitute his view of the evidence for that of the judge at trial, unless there is a manifest error in the reasons or findings of the judgment *a quo*.

In that case the Court of Appeal pointed out the error in the judgment at trial and formed its own conclusions on the facts. In contrast, the Court of Appeal in the proceeding now before us neither differed with nor even mentioned the essential finding of the trial judge on the facts or the cause of the infant's injury as determined from evidence given at trial. *Vide also Watt or Thomas v.*

Vu ce rejet de conclusions de fait fondées sur des éléments de preuve, il conviendrait d'examiner d'abord le rôle d'un tribunal d'appel qui révisé les conclusions de fait d'un juge de première instance.

<sup>a</sup> Il est évidemment essentiel qu'un tribunal d'appel:

- <sup>b</sup> a) se montre hésitant à rejeter une conclusion de fait, même lorsqu'elle n'est pas entièrement fondée sur la crédibilité des témoins, à moins qu'il ne soit apparent que le juge de première instance n'a pas su profiter de l'avantage qu'il a d'observer les témoins au cours de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire et de pouvoir apprécier les témoignages en tenant compte de toutes les circonstances, y compris l'âge et l'expérience des témoins et la possibilité qu'en rendant son témoignage, un témoin ait succombé à la tentation de remplir un but autre que celui d'aider la cour à découvrir la vérité; et
- <sup>c</sup> b) ait par ailleurs la liberté de tirer de la preuve des conclusions qui peuvent être différentes de celles du juge de première instance. Ces considérations ont sans doute préoccupé le juge Fauteux, plus tard Juge en chef, lorsqu'il a dit dans l'arrêt *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288, à la p. 293:

<sup>d</sup> Dans un cas comme celui qui nous occupe, les règles qui doivent guider une première et une seconde cour d'appel, sont bien connues. En raison de la position privilégiée du juge qui préside au procès, voit, entend les parties et les témoins et en apprécie la tenue, il est de principe que l'opinion de celui-ci doit être traitée avec le plus grand respect par la Cour d'appel et que le devoir de celle-ci n'est pas de refaire le procès, ni d'intervenir pour substituer son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance à moins qu'une erreur manifeste n'apparaisse aux raisons ou conclusions du jugement frappé d'appel.

<sup>e</sup> Dans cette affaire-là la Cour d'appel a relevé l'erreur dans le jugement de première instance et a tiré ses propres conclusions de fait. La Cour d'appel dans les procédures dont nous sommes présentement saisis, par contre, n'a été en désaccord ni avec la conclusion de fait essentielle du juge de première instance ni avec sa conclusion, fondée sur les témoignages rendus au procès, quant à la cause

*Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.) at pp. 487-88; and Laskin J., as he then was, in *Hood v. Hood*, [1972] S.C.R. 244 at p. 253:

Overall, on my reading of the cases that have in recent years come before this Court, it has leaned in favour of the rule that carries support for the findings of the trial judge unless he was clearly wrong.

*Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd. et al.*, [1980] 2 S.C.R. 78 at pp. 83-85 and *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371, where de Grandpré J. found (at p. 382) the principle of deference to the trial judge's undoubted advantage in settling issues of credibility:

In the case before this Court, the finding of the trial judge was set aside by the Court of Appeal in a case where the only point at issue was the interpretation of the evidence as a whole. In my view, that was a case where, applying the criteria established in *Dorval*, such an intervention was an error.

de Grandpré J. then continued with a reference to the judgment of this Court in *Rousseau v. Bennett*, [1956] S.C.R. 89, where Taschereau J., as he then was, at p. 92 stated:

[TRANSLATION] The intention of the law is that such presumption should be left to the discretion of the judge who sees and hears the witnesses, and if a Court of Appeal is to interfere in the exercise of this discretion, it is essential to find an error on the part of the trial judge, and such an error does not exist in the case at bar.

On the other hand, as already indicated, the drawing of inferences by the appellate court is another matter (*Lessard v. Paquin et al.*, [1975] 1 S.C.R. 665 *per de Grandpré J.* at pp. 673-75) and indeed the principle was extended to this Court by Locke J. when he said in *Union Maritime and General Insurance Co. v. Bodnorchuk et al.*, [1958] S.C.R. 399 (at p. 413):

The proper conclusions from the other evidence and the question as to what inferences are to be drawn from the conduct of the parties are matters upon which this Court is in an equally good position as the learned trial judge and the learned judges of the Court of Appeal.

des blessures de l'enfant. D'ailleurs elle n'en a même pas parlé. Voir aussi les arrêts *Watt or Thomas v. Thomas*, [1947] A.C. 484 (H.L.), aux pp. 487 et 488; *Hood c. Hood*, [1972] R.C.S. 244, où le juge Laskin, maintenant Juge en chef, dit à la p. 253:

Somme toute, d'après la lecture que j'ai faite des causes dont cette Cour a été saisie ces dernières années, la règle que les conclusions du juge de première instance doivent prévaloir sauf s'il a nettement commis une erreur l'emporte.

*Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd. et autre*, [1980] 2 R.C.S. 78, aux pp. 83 à 85 et *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371, où le juge de Grandpré a parlé (à la p. 382) du principe selon lequel il faut respecter les conclusions du juge de première instance sur les questions de crédibilité, ce dernier jouissant d'un avantage incontestable dans ce domaine:

En l'espèce, la conclusion du premier juge est mise de côté par la Cour d'appel dans une matière où seule est en jeu l'appréciation de l'ensemble des témoignages; à mon avis, il s'agit là d'un cas où appliquant les critères de l'arrêt *Dorval*, cette intervention constitue une erreur.

Le juge de Grandpré s'est référé ensuite à l'arrêt de cette Cour *Rousseau c. Bennett*, [1956] R.C.S. 89, où le juge Taschereau, plus tard Juge en chef, dit à la p. 92:

Ce que la loi a voulu c'est que ces présomptions soient laissées à la discrétion du juge qui voit et entend les témoins, et pour qu'une Cour d'Appel intervienne dans l'exercice de cette discrétion, il faut nécessairement trouver une erreur de la part du juge au procès, erreur qu'on ne trouve pas dans le cas présent.

Comme je l'ai déjà indiqué, il va cependant autrement lorsqu'il s'agit pour une cour d'appel de tirer des conclusions (l'arrêt *Lessard c. Paquin et al.*, [1975] 1 R.C.S. 665, le juge de Grandpré, aux pp. 673 à 675) et le juge Locke a même appliqué le principe à cette Cour, disant dans l'arrêt *Union Maritime and General Insurance Co. c. Bodnorchuk et al.*, [1958] R.C.S. 399 (à la p. 413):

[TRADUCTION] Les conclusions appropriées à tirer des autres preuves et la question de savoir quelles déductions doivent être tirées de la conduite des parties sont des questions à l'égard desquelles cette Cour est aussi bien placée que le savant juge de première instance et les savants juges de la Cour d'appel.

Over the years since the grant of extended rights of appeal the extent of appellate latitude in reversing trial courts' assessment of the evidence, in the general interpretation of evidence and of course in determining important ground facts on which ultimate conclusions depend, has been by self-instruction increasingly restricted. Where there is no clear error in logic or reasoning the appellate courts have become increasingly reluctant to impose a different interpretation, logic or reasoning upon the evidence.

The window screen here illustrates the point. An expert witness was called by the defendant-respondent and in his evidence he assigned to a window screen the purpose or function of "preventing flies and bats from coming in". The question put to this witness illustrates the irrelevancy of such a demonstration from the witness box:

Q. Now, Mr. Wiggs, were the fly screens intended to prevent people from getting out of the windows?

A. No, because you could shove the fly screen out readily, the fly screens are of course intended to prevent flies and bats from coming in.

Q. Was it intended that the fly screens would be strong enough to keep people in?

A. No.

There are of course limits placed by common sense, if nothing else, on what experts may assist the court in determining. No witness, for example, may be called upon to determine the very issue to be settled by the tribunal. Testimony on the trite is superfluous as is the demonstration of the obvious. Courts do not need a parade of watch repairers to advise them on the purpose for which people wear watches. The trial judge, as already seen, approached the task of determining the cause of the infant's injury by observing in a preliminary way that "a screen and a window have an interchangeable function". She went on to observe:

Au cours des années qui se sont écoulées depuis l'extension du droit d'appel, les cours d'appel se sont elles-mêmes imposé des restrictions de plus en plus sévères à la latitude dont elles jouissent de rejeter l'appréciation de la preuve qu'a faite la première cour, d'interpréter généralement la preuve et, bien sûr, de déterminer les faits importants sur lesquels reposeront des conclusions éventuelles. Lorsqu'il n'y a pas d'erreur manifeste de logique ou de raisonnement, les cours d'appel se sont montrées de plus en plus hésitantes à appliquer à la preuve une interprétation, une logique ou un raisonnement différents.

Le moustiquaire en l'espèce illustre ce point. Selon le témoin expert cité par la défenderesse-intimée, un moustiquaire a pour destination [TRADUCTION] «d'empêcher les mouches et les chauves-souris d'entrer». Les questions qu'on a posées à ce témoin font ressortir le caractère non pertinent d'un témoignage de ce genre:

[TRADUCTION] Q. Alors, M. Wiggs, les moustiquaires étaient-ils destinés à empêcher les gens de sortir par les fenêtres?

R. Non, parce qu'en le poussant on pouvait facilement enlever le moustiquaire; les moustiquaires, évidemment sont destinés à empêcher les mouches et les chauves-souris d'entrer.

Q. Les moustiquaires ont-ils été conçus de manière à être assez solides pour garder les gens à l'intérieur?

R. Non.

Il y a évidemment des limites, ne serait-ce que celles qu'impose le bon sens, à l'aide que les experts peuvent apporter à la cour quand il s'agit de trancher des questions. On ne peut, par exemple, demander à un témoin de trancher la question même dont la cour est saisie. Tout témoignage qui consiste en des banalités ou qui démontre une évidence est superflu. Il n'est pas nécessaire que des horlogers viennent défiler devant la cour pour lui dire pourquoi les gens portent des montres. Le juge de première instance, comme nous l'avons déjà vu, a abordé la détermination de la cause de la blessure de l'enfant en faisant l'observation préliminaire qu'«un moustiquaire et une fenêtre remplissent sensiblement les mêmes fonctions». Elle a ajouté:

If one assumes that a child can and will lean against a window and one will not accept the fact that a window will give way resulting in injuries to a child, under these circumstances, why must one arbitrarily accept the premises that a screen can give way if a child leans against it. In the opinion of the Court, there is no real distinction between a window and a screen in this regard.

With this analysis the Court of Appeal was in disagreement. With all due respect to the members of that Court it must be observed that the use made of the trial judge's description of the window screen in question has been misunderstood. The learned trial judge accepted the uncontroverted evidence of the plaintiff that the screen opened with the slightest touch. From that the trial judge proceeded to observe what surely must be obvious: that a screen should not be so installed as to swing open at the slightest touch. Surely a court at any level must be free to appreciate that screens or windows are intended in part at least to keep objects which might be placed on a window sill within the building, books or flower pots for example, for the protection of the public below as well as for the preservation of the articles themselves. For that reason, Her Ladyship concluded in part:

A window must be constructed with certain inherent strengths in order to permit it to resist a certain minimum of pressure.

From there the trial judge moved on to find the screen, on the unanswered evidence on behalf of the plaintiff, to be defective and rejected the argument of the owners that "a child injured as a consequence of a defective screen, should not be compensated".

Perhaps an equally digressive difference arose between the courts below by reason of the observation of the trial judge that "the defective screen of such window constituted a trap for Anastasia". This was part of a discussion concerning the attraction represented to a child by a combination of a low window looking out on a playground, with a radiator installed immediately below the window so as to afford a step or pedestal by which a child of about three feet in height could look out through the screen. When so perched on the

[TRADUCTION] Si l'on tient pour acquis qu'un enfant va s'appuyer contre une fenêtre et si l'on refuse d'accepter que, dans ces circonstances, la fenêtre cède causant des blessures à l'enfant, pourquoi faut-il arbitrairement accepter que si un enfant s'appuie contre un moustiquaire, ce moustiquaire peut céder? La Cour estime qu'il n'y a pas de véritable distinction entre une fenêtre et un moustiquaire à cet égard.

La Cour d'appel n'a pas admis cette analyse. Avec égards pour les membres de ladite Cour, il faut signaler qu'on a mal compris l'usage que le juge de première instance a fait de sa propre description du moustiquaire en question. Le savant juge de première instance a retenu le témoignage non contredit du demandeur que le moustiquaire s'ouvrait au moindre toucher. De là elle a fait une observation qui doit certainement être l'évidence même, savoir qu'un moustiquaire doit être posé de manière à ne pas s'ouvrir au moindre toucher. Toute cour doit sûrement avoir la liberté de conclure que les moustiquaires ou les fenêtres sont destinés, du moins dans une certaine mesure, à garder à l'intérieur des objets tels que des livres ou des pots à fleurs qui peuvent se trouver sur l'appui de la fenêtre, et ce pour la protection à la fois du public en bas et des objets eux-mêmes. Pour cette raison Sa Seigneurie a conclu notamment:

[TRADUCTION] Une fenêtre doit être construite avec une certaine force inhérente pour qu'elle puisse résister à un degré minimum de pression.

Puis le juge de première instance a conclu que, selon le témoignage non contredit du demandeur, le moustiquaire était défectueux et a repoussé l'argument de la propriétaire qu'il n'y a pas lieu d'indemniser un enfant qui a subi des blessures en raison d'un vice du moustiquaire.

L'observation du juge de première instance que «le moustiquaire défectueux de cette fenêtre constituait un piège pour Anastasia» est peut-être à la source d'une autre divergence entre les cours d'instance inférieure. Cette observation fait partie de remarques sur l'attrait que peut avoir, pour un enfant, une fenêtre basse donnant sur un terrain de jeux, immédiatement au-dessous de laquelle est installé un radiateur sur lequel peut grimper un enfant mesurant environ trois pieds pour regarder dehors. Il est naturel de supposer qu'un petit



narrow radiator it would be natural to anticipate that a small child might rely on the screen as a restraint as it would indeed on a pane of window glass. When the screen because of its state of disrepair flew out at the slightest touch, the climbing child was suddenly unsupported and put in great danger, and so concluded the trial judge. It is in that sense, in my view, that the learned trial judge succinctly described the arrangement of the three features around the window as "a trap".

At least two of the learned justices on appeal appear to have associated the expression "trap" with the cases in the common law of torts. Indeed, the learned Chief Justice quoted at length from the *City of Ottawa v. Munroe, supra*, on that very issue in an action arising under the common law relating to occupiers' liability to invitees or licensees. The majority of the *City of Ottawa* court there concluded that a very different arrangement of structural features than we have here did not constitute a trap. The minority (the decision was three to two) concluded that whether the circumstances of that case constituted a trap was in any case for the trier of fact to determine and not for an appellate tribunal. In any case we are here concerned not with the common law but with the *Civil Code*.

The third difference between the courts below concerns the responsibility of the parents of the infant. The Chief Justice, after reviewing the description by the trial judge of the arrangement of the window and the radiator, concluded that it was a question of fact as to whether the hypothesis of the trial judge was correct about the infant climbing on the radiator in order to get up to the window, and went on to observe:

[TRANSLATION] The condition of the premises was clearly apparent and, if it presented a danger, the danger was apparent and Anastasia's parents should have protected her from it.

On this point Lajoie J.A. dealt with the same subject:

enfant, s'étant juché sur le radiateur étroit, croirait que le moustiquaire constitue une espèce de barrière, comme d'ailleurs la vitre d'une fenêtre. En l'espèce, lorsque le moustiquaire, à cause de son état détérioré, s'est brusquement ouvert au moindre toucher, l'enfant, qui avait grimpé sur le radiateur, s'est trouvée soudain sans appui et de ce fait exposée à un grand danger, et c'est ce qu'a conclu le premier juge. Voilà, à mon avis, ce qui a pu motiver cette dernière à qualifier succinctement la fenêtre dans les circonstances susmentionnées de «piège».

Au moins deux savants juges de la Cour d'appel semblent avoir relié le terme «piège» aux arrêts ayant trait à la responsabilité délictuelle en *common law*. En effet, le savant Juge en chef a longuement cité sur ce même point l'arrêt *City of Ottawa c. Munroe*, précité. Il s'agissait dans cette affaire-là d'une action fondée sur la *common law* en matière de responsabilité de l'occupant envers les *invitees* ou les *licensees*. La Cour à la majorité a conclu, dans l'affaire *City of Ottawa*, que des particularités de construction bien différentes de celles en l'espèce ne constituaient pas un piège. La minorité pour sa part (la majorité était composée de trois juges et la minorité de deux) a conclu qu'en tout état de cause c'était au juge des faits et non pas à un tribunal d'appel qu'il appartenait de trancher la question de savoir si, dans les circonstances, il y avait un piège. Quoi qu'il en soit, ce qui nous intéresse en l'espèce n'est pas la *common law* mais le *Code civil*.

La troisième divergence d'opinion entre les cours d'instance inférieure se rapporte à la responsabilité des parents de l'enfant. Le Juge en chef, après avoir examiné la description qu'a faite le juge de première instance de la disposition de la fenêtre et du radiateur, a conclu que le bien-fondé de l'hypothèse du premier juge selon laquelle l'enfant aurait grimpé sur le radiateur pour atteindre la fenêtre est une question de fait, et il a ajouté:

La situation des lieux était clairement apparente et, si elle présentait un danger, c'était un danger apparent et les parents d'Anastasia auraient dû l'en protéger.

Le juge Lajoie a exprimé un avis en même sens:

[TRANSLATION] Little Anastasia managed to reach the window, and from there fall to the ground, because she momentarily escaped from supervision. I do not think that if the parents had seen their daughter climb onto the radiator they would have relaxed and let her do it in reliance on the safety and strength of the screen. This demonstrates that, in the mind of any reasonable man, the grating did not have the intended use now attributed to it.

The learned justice makes no express finding nor does he reach any clear conclusion that the parents by failure in their duty contributed to the child's injury. Owen J.A. does not deal with this point.

The learned trial judge, on the other hand, found:

They behaved as reasonable parents. At no time in fact were their children left alone or ignored. It is the opinion of the Court that the accident in question occurred through no fault whatsoever on the part of the Plaintiff or his wife. It did however occur through the negligence of the Defendant who neglected the obligations imposed upon it by law under article [sic] 1054 and 1055 of the Civil Code.

Nowhere in the judgments of the Court of Appeal is revealed the basis for the reversal of the finding on the evidence adduced by the trial judge as to the cause of the injury sustained. One or both parents were in the room with the child at all times. The window was open when the family arrived in their room at the beginning of their stay. It was a family hotel where children were welcomed in its advertisements. The defect in the screen was not apparent but hidden. The room was small and the bathroom was immediately adjoining and the door between the two rooms was open. According to the evidence there was no time in which the child was not within reasonable parental attention. Having regard to the authorities referred to above and the evidence to which reference has already been made, I can find no basis for the appellate reversal of the critical finding of the trial judge.

In granting judgment in favour of the plaintiff the learned trial judge found that the defendant had "neglected the obligations imposed upon it by law under article [sic] 1054 and 1055 of the Civil

C'est parce que la petite Anastasia a momentanément échappé à la surveillance qu'elle a réussi à atteindre la fenêtre et de là, plonger au sol. Je ne puis croire que si les parents avaient vu leur fille grimper sur le calorifère ils se seraient reposés pour la laisser faire sur la solidité présumée du moustiquaire. Cela illustre que ce grillage, dans la pensée de tout bon père de famille, n'avait pas la destination qu'on veut maintenant lui attribuer.

Le savant juge ne tire aucune conclusion expresse ni ne décide expressément que les parents, en ne s'acquittant pas de leur obligation, ont contribué à causer les blessures de l'enfant. Quant au juge Owen, il ne se prononce pas sur ce point.

Le savant juge de première instance, par contre, a conclu:

Ils se sont conduits en parents raisonnables. En fait, à aucun moment leurs enfants n'ont été laissées seules ou négligées. La Cour estime que l'accident est survenu sans aucune faute de la part du demandeur ou de sa femme. Cependant, l'accident a eu lieu, à cause de la négligence de la défenderesse qui ne s'est pas acquittée des obligations légales que lui imposent les articles 1054 et 1055 du Code civil.

Rien dans les motifs de la Cour d'appel ne justifie le rejet de la conclusion, fondée sur la preuve, que le juge de première instance a tirée quant à la cause des blessures. Il y avait à tous moments au moins un parent dans la chambre avec l'enfant. La fenêtre était ouverte quand la famille a occupé la chambre au début de son séjour. Il s'agit d'un hôtel familial qui dans sa publicité disait que les enfants étaient les bienvenus. Le vice du moustiquaire était caché. La chambre était petite et la porte de la salle de bains qui communiquait avec la chambre était ouverte. Selon la preuve, à aucun moment l'enfant n'a échappé à une surveillance raisonnable de la part de ses parents. Compte tenu des arrêts précités et de la preuve dont j'ai déjà fait mention, je ne vois rien qui ait pu motiver la Cour d'appel à rejeter la conclusion déterminante du premier juge.

En se prononçant en faveur du demandeur, le savant juge de première instance a conclu que la défenderesse «ne s'est pas acquittée des obligations que lui imposent les articles 1054 et 1055 du Code

Code". None of the judgments in the Court of Appeal make specific reference to any Code provision but the learned Chief Justice cited *Leznek v. City of Verdun*, [1940] S.C.R. 313 in which discussion arose concerning arts. 1053 and 1055. The respondent in argument in this Court rejects responsibility under arts. 1054 and 1055 and art. 1053 as well. Much of the argument before this Court turned around authorities advanced by both counsel in which certain doctrines of the common law were sought to be applied in the interpretation and application of these articles of the *Civil Code*. The relevant portions of these articles provide as follows:

**1053.** Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

**1054.** He is responsible not only for the damage caused by his own fault, but also for that caused by the fault of persons under his control and by things he has under his care.

**1055.** . . .

The owner of a building is responsible for the damage caused by its ruin, where it has happened from want of repairs or from an original defect in its construction.

Article 1053 is of course expressed in general terms, whereas the other two are explicit attributions of responsibility in application of the principle to defined circumstances, subsidiary in that sense to the general art. 1053. This article imposes liability on the simple basis of damage occasioned by fault, either active or passive. There is no need to stray into the concepts or vocabulary of any other legal system to interpret and apply the articles to the facts here. The owner and operator of a family hotel has by neglect or imprudence, but certainly by fault by omission, allowed persons to be exposed to the risk of damage by a failure of a screen to provide minimal restraint for occupants of this facility. The thrust of art. 1053 is both clear and general. Responsibility arises upon the happening of an injury to the plaintiff caused by the fault of the defendant whether that fault arises through imprudence, negligence or lack of skill. In *Leznek v. City of Verdun*, *supra*, the findings of the jury did not bring home the requisites of art.

civil». Aucun juge de la Cour d'appel ne mentionne expressément une disposition quelconque du Code, mais le savant Juge en chef a cité l'arrêt *Leznek c. City of Verdun*, [1940] R.C.S. 313, où l'on a parlé des art. 1053 et 1055. Dans son argument devant cette Cour, l'intimée a rejeté toute responsabilité fondée sur les art. 1054 et 1055 ainsi que sur l'art. 1053. Les débats en cette Cour ont porté en grande partie sur les arrêts invoqués par les avocats des deux parties, arrêts où l'on a essayé de soumettre l'interprétation et l'application de ces articles du *Code civil* à certains principes de la *common law*. Les articles en question disposent notamment:

**1053.** Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.

**1054.** Elle est responsable non seulement du dommage qu'elle cause par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle, et par les choses qu'elle a sous sa garde.

**1055.** . . .

Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par vice de construction.

L'article 1053, évidemment, est rédigé en termes généraux, tandis que les deux autres, par l'application du principe à des circonstances précises, sont explicitement attributifs de responsabilité et, en ce sens, accessoires de l'art. 1053. Cet article impose la responsabilité sur le simple fondement du dommage causé par la faute d'une personne, peu importe que cette faute soit active ou qu'elle soit passive. Nous n'avons pas à recourir aux concepts ni au vocabulaire de quelque autre système de droit pour interpréter les articles et pour les appliquer aux faits de l'espèce. Par négligence ou par imprudence, mais certainement par sa faute qui résulte d'une omission, le propriétaire et exploitant d'un hôtel familial a permis que des personnes soient exposées au risque de blessures parce qu'un moustiquaire n'assurait pas un degré minimum de sécurité aux occupants de cet hôtel. Le sens de l'art. 1053 est à la fois clair et général. Il y a responsabilité dès lors que le demandeur subit une blessure causée par la faute du défendeur, peu

1053 to the conduct of the defendant and hence the observation by Rinfret J., as he then was, that: "The effect of the jury's answers was to eliminate any responsibility under article 1053 of the Civil Code . . .". In that case this Court concluded in the final analysis that the jury found the plaintiff to be the author of his own misfortune by firstly "not taking sufficient precaution for his personal safety" and thereafter finding that the plaintiff had placed a part of the building of the defendant to a use "for which it was not intended". This took the Court to an analysis of art. 1055. In connection with that article the jury found firstly, as already mentioned, that the plaintiff had used a transom bar for a purpose for which it was not intended and the building owner was at fault in failing "to keep the building in a proper state of repair". Rinfret J. observed that in applying art. 1055 the building owner "could be held legally responsible only for failure to keep the building in a proper state of repair for the purpose for which it was intended. Such is the meaning of paragraph 3 of article 1055". Thus despite the fact that disrepair had undoubtedly been found, no responsibility arose under art. 1055 because the cause of the damage was not disrepair of the defendant's building but the act of the plaintiff in applying the window structure to a purpose not intended. Rivard J., in *Bourassa v. Grégoire* (1926), 42 Que. K.B. 154 at p. 159, discussed art. 1055 from the same viewpoint:

[TRANSLATION] Liability under art. 1055 is avoided if the ruin causing the accident is not the result of a defect in construction or a failure of maintenance, and where the accident must be attributed to fault by the victim.

This observation I make in passing by reason of the reference to art. 1055 in the trial judgment and the opaque reference thereto in the Court of Appeal below.

importe que cette faute résulte de l'imprudence, de la négligence ou de l'inhabileté. Dans l'affaire *Leznek c. City of Verdun*, précitée, le jury a conclu que les conditions de l'art. 1053 ne s'appliquaient pas à la conduite de la défenderesse, ce qui explique l'observation du juge Rinfret, plus tard Juge en chef, que [TRADUCTION] «Les réponses du jury ont eu pour effet d'écartier toute responsabilité en vertu de l'article 1053 du Code civil . . . » Dans cette affaire-là cette Cour est arrivée à la conclusion qu'en définitive le jury avait conclu, premièrement, que le demandeur, en [TRADUCTION] «ne prenant pas des mesures suffisantes pour assurer sa sécurité personnelle», avait été l'artisan de son propre malheur et qu'au surplus, il avait utilisé une partie du bâtiment de la défenderesse à une fin [TRADUCTION] «qui ne correspond[ait] pas à sa destination». La Cour est ensuite passée à une étude de l'art. 1055. En ce qui a trait à cet article, le jury a conclu en premier lieu, comme je viens de le dire, que le demandeur avait utilisé une imposte à une fin qui ne correspondait pas à sa destination et que la propriétaire était responsable parce qu'elle n'avait pas [TRADUCTION] «bien entretenu le bâtiment». Le juge Rinfret a fait remarquer que, suivant l'art. 1055, la propriétaire ne pouvait [TRADUCTION] «être tenue responsable en droit que de ne pas avoir bien entretenu le bâtiment, compte tenu de sa destination. Voilà le sens de l'alinéa 3 de l'article 1055». Donc malgré la conclusion apparente à un défaut d'entretien, il n'y avait aucune responsabilité en vertu de l'art. 1055 parce que le préjudice subi avait pour cause non pas l'état détérioré du bâtiment de la défenderesse, mais l'acte du demandeur qui a utilisé l'imposte de la fenêtre à une fin qui ne correspondait pas à sa destination. Le juge Rivard, dans l'affaire *Bourassa c. Grégoire* (1926), 42 B.R. 154, à la p. 159, a abordé l'art. 1055 du même point de vue:

On se libère de la responsabilité de l'art. 1055, si la ruine, cause de l'accident, n'est pas la suite d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien, et aussi dans le cas où l'accident doit être attribué à la faute de la victime.

Je fais cette observation en passant parce que l'art. 1055 est mentionné dans le jugement de première instance et, de façon indirecte, dans les motifs prononcés en Cour d'appel.

In the application of art. 1053 it is unnecessary in my view to engage the common law complexities of the doctrine of "trap" or the principles relating to the status of the claimant child and her parents here, as invitees or licensees of the building owner. Whatever may be the "owner's liability" under the common law, it is of no assistance here because the claim comes to this Court for decision under the articles of the Code above cited. It would be more appropriate and I would prefer to find responsibility here resident in the respondent by reason of art. 1053 without any encumbrance of reasoning by way of *City of Ottawa v. Munroe, supra*, or such authorities as *Caza v. Clercs Paroissiaux ou Catéchistes de St. Viateur et al.* (1935), 41 R. de J. 70 (C.S.); *Morin v. Néron*, [1945] Que. K.B. 625; *Drury v. Lambert* (1939), 77 C.S. 504. The application of the generality of that Code provision in contrast to the complexities of the common law is what the learned author had in mind when he stated:

[TRANSLATION] While the civil law, as the heir of Roman law, has completed its generalization of the concept of fault initiated by the *lex Aquilia*, the common law, the product of judicial decisions, favours the special rule.

Albert Mayrand, "A quand le trépas du 'trespasser'?" (1961), 21 *R. du B.* 1, at pp. 11-12.

*Vide* P. B. Mignault (1935-36), 1 *U. of T. L.J.* 104 at pp. 114-115: "Le code civil de la province de Québec et son interprétation". Further support for this preference is found in *Le droit civil de la province de Québec* where the learned author states:

[TRANSLATION] Neither the Quebec Civil Code nor the Code civil of France gives a definition of fault. In this lacuna there is in fact some degree of wisdom: it is precisely because no definition of fault exists that the courts have been able to develop an adaptable and flexible system for dealing with the real-life situations they daily encounter. It is an admirable policy which we can only applaud.

(Louis Baudoin, Wilson and Lafleur, 1953, at p. 759.)

Article 1053 of the *Civil Code* projects a general and flexible concept of fault which lends itself to

Dans l'application de l'art. 1053 il n'est pas nécessaire, à mon avis, de faire appel aux complexités de la doctrine de «piège» de la *common law*, ni aux principes se rapportant à l'enfant demanderesse en l'espèce et à ses parents en leur qualité d'*invitees* ou de *licensees* de la propriétaire du bâtiment. Quelle que soit la nature de la «responsabilité du propriétaire» en *common law*, cela ne nous est d'aucun secours en l'espèce parce que cette Cour est saisie de la demande en vertu des articles précités du Code. Il convient mieux, et c'est la solution que je préfère, de conclure à la responsabilité de l'intimée en s'appuyant sur l'art. 1053 sans s'embrouiller dans un raisonnement fondé sur l'arrêt *City of Ottawa c. Munroe*, précité, ou sur des arrêts comme *Caza c. Clercs Paroissiaux ou Catéchistes de St-Viateur et al.* (1935), 41 R. de J. 70 (C.S.); *Morin c. Néron*, [1945] B.R. 625; *Drury c. Lambert* (1939), 77 C.S. 504. C'est l'application des dispositions générales de cet article du Code, qui contrastent avec les complexités de la *common law*, qu'avait présent à l'esprit le savant auteur du passage suivant:

Tandis que le droit civil, héritier du droit romain, a complété la généralisation de la notion de faute amorcée par la loi *Aquilia*, le common law, issu des décisions judiciaires, favorise la règle particulière.

Albert Mayrand «A quand le trépas du 'trespasser'?", (1961) 21 *R. du B.* 1, aux pp. 11 et 12.

Voir P.B. Mignault, (1935-36) 1 *U. of T. L.J.* 104, aux pp. 114 et 115: «Le code civil de la province de Québec et son interprétation». Cette préférence est appuyée également par *Le droit civil de la province de Québec* où le savant auteur déclare:

Ni le code civil de Québec ni le code civil français n'ont donné de définition de la faute. C'est là au fond une lacune qui s'est révélé, en fait, une mesure de sagesse; c'est précisément le manque de définition qui a permis le régime d'adaptation et la souplesse de la jurisprudence en contact avec les réalités de chaque jour. C'est une politique salutaire dont on ne peut que se féliciter.

(Louis Baudoin, Wilson et Lafleur, 1953, à la p. 759.)

La conception générale et flexible de la faute qui est contenue dans l'art. 1053 du *Code civil* se

ready application, unencumbered by sub-rules and foreign concepts, to the infinite variety of circumstances which daily floods in upon the courts. The simple and durable standard of *bon père de famille* in my view is adequate to resolve the issue of fault in the circumstances arising in this appeal. For the reasons elaborated above I have, with the greatest respect to those who reach other conclusions, formed the view that the trial judge made such determinations in assessing responsibility here, and there appears to be no basis in the factual record for the Court of Appeal either to interfere with that result or to disregard the critical finding and thereby produce a contrary result.

I would therefore, for these reasons, allow the appeal and restore the judgment of the trial judge with costs to the plaintiff throughout.

*Appeal dismissed with costs, ESTEY and MCINTYRE JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Jacob L. Rothman, Montreal.*

*Solicitors for the respondent: Lavery, O'Brien, Montreal.*

prête facilement à l'application, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours à d'autres principes et à des concepts étrangers au droit civil, à la variété infinie des circonstances qui parviennent chaque jour en abondance devant les cours. Pour trancher la question de la faute dans les circonstances de l'espèce, il suffit, à mon avis, d'appliquer la norme simple et durable du bon père de famille. Pour les motifs que je viens d'exposer, j'estime, avec les plus grands égards pour ceux qui ont pu arriver à des conclusions différentes, que le juge de première instance a tiré les bonnes conclusions en appréciant la responsabilité en l'espèce, et il ne se dégage du dossier aucun fait qui ait pu justifier la Cour d'appel d'infirmier la décision de première instance ou de faire abstraction de la conclusion déterminante du premier juge et d'ainsi arriver à un résultat contraire.

Donc, pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement du juge de première instance avec dépens à la demanderesse dans toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges ESTEY et MCINTYRE étant dissidents.*

*Procureur de l'appelante: Jacob L. Rothman, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Lavery, O'Brien, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Dennis Charles Geauvreau** *Respondent*.

File No.: 15851.

1981: February 23; 1982: April 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Powers of Court of Appeal — Information — Conviction of possession of goods obtained by crime — Crown seeking to amend information at appellate level to conform to evidence — Distinction between “obtained by the commission of an indictable offence” and “derived directly or indirectly from the commission of an indictable offence” — Conviction quashed and new trial ordered on the amended information — Whether criminal appeal court can amend the information — Criminal Code, ss. 312(1)(a), 610(3), 613(8).*

Accused was convicted of having in his possession an onboard motor knowing it to have been “obtained by the commission of an indictable offence”. On the accused’s appeal, the Crown sought to have the information amended—to read “derived indirectly from” rather than “obtained by”—to conform to the evidence and to affirm the conviction. As the evidence did not support the charge, the Court of Appeal allowed the appeal, quashed the conviction and ordered a new trial on the amended information.

*Held* (McIntyre and Lamer JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.: An appellate court would require the clearest statutory basis to materially amend the information and uphold a conviction based on the information as amended. There was no such clear statutory basis in this case, but justice could be done by following the course adopted by the Court of Appeal, *i.e.* to allow the appeal (s. 613(1)(a)), order a new trial (s. 613(2)(b)) and make any order that justice requires (s. 613(8)), including an order directing a new trial on the amended information. This procedure ensured that

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Dennis Charles Geauvreau** *Intimé*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 15851.

1981: 23 février; 1982: 5 avril.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

<sup>c</sup> *Droit criminel — Pouvoirs de la cour d'appel — Dénonciation — Déclaration de culpabilité relative à la possession de biens obtenus par la perpétration d'un crime — Tentative de la poursuite de modifier la dénonciation en appel afin qu'elle soit conforme à la preuve — Distinction entre «obtenu par la perpétration d'un acte criminel» et «provenant directement ou indirectement de la perpétration d'un acte criminel» — Annulation de la déclaration de culpabilité et ordonnance de nouveau procès en fonction de la dénonciation modifiée — Une cour d'appel en matière criminelle peut-elle modifier la dénonciation? — Code criminel, art. 312(1)a, 610(3), 613(8).*

L'accusé a été déclaré coupable d'avoir eu en sa possession un moteur hors-bord, sachant qu'il avait été «obtenu par la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation». Au cours de l'appel formé par l'accusé, la poursuite a demandé de modifier la dénonciation (en remplaçant «obtenu par» par «provenant indirectement de») afin de la rendre conforme à la preuve et de confirmer la déclaration de culpabilité. La preuve n'étayant pas l'accusation, la Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès en fonction de la dénonciation modifiée.

<sup>h</sup> *Arrêt* (Les juges McIntyre et Lamer sont dissidents en partie): Le pourvoi est rejeté.

<sup>i</sup> *Le* juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard: Une cour d'appel requiert une disposition législative des plus explicites pour modifier substantiellement la dénonciation et confirmer une déclaration de culpabilité en fonction de la dénonciation modifiée. Cette disposition législative explicite n'existe pas en l'espèce, mais justice peut être rendue en adoptant la solution de la Cour d'appel, qui consiste à accueillir l'appel (al. 613(1)a), ordonner un nouveau procès (al. 613(2)b)) et rendre toute ordonnance que la justice exige (par. 613(8)), notamment une

the accused is informed of the charge against him before his trial commenced and provided him with a continuing opportunity to meet the amended charge as the trial progresses.

*Per McIntyre and Lamer JJ., dissenting in part:* While appellate courts may order a new trial on an amended charge, they should not use their discretion to assist the Crown in overcoming the effect of its prosecutorial shortcomings to the detriment of the accused by ordering a second trial where the first has failed solely through Crown's error. The Crown's failure to seek to cure the defect in its information at trial should inure to the benefit of the accused.

[*Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *R. v. MacKenzie*, Ont. C.A. unreported, released October 15, 1975, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1979), 51 C.C.C. (2d) 75, allowing accused's appeal from his conviction and directing a new trial on an amended information. Appeal dismissed, McIntyre and Lamer JJ. dissenting in part.

*W. J. Blacklock*, for the appellant.

*Marc Rosenberg*, for the respondent.

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

RITCHIE J.—This is an appeal brought as of right by the Attorney General for the Province of Ontario from a judgment of the Court of Appeal for that Province pursuant to the provisions of s. 621(1)(a) of the *Criminal Code* which read as follows:

621. (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 603 or 604 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 605(1)(a) or subsection 605(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, . . .

The respondent was convicted at trial of the offence that he

ordonnance de nouveau procès en fonction de la dénonciation modifiée. Cette procédure permet à l'accusé d'être informé de l'accusation portée contre lui avant le début du procès et d'être en mesure de répondre à l'acte d'accusation modifié pendant le cours du procès.

*a* Les juges McIntyre et Lamer, *dissidents en partie:* Même si les cours d'appel peuvent ordonner un nouveau procès en fonction d'un acte d'accusation modifié, elles ne doivent pas se servir de leur pouvoir discrétionnaire pour aider la poursuite à éluder, au détriment de l'accusé, les conséquences découlant des lacunes dues à sa façon de diriger la présentation de sa cause, et pour ordonner un nouveau procès lorsque le premier échoue par la seule erreur de la poursuite. L'omission de la poursuite de tenter de corriger au procès le vice entachant sa dénonciation devrait profiter à l'accusé.

[Jurisprudence: *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *R. v. MacKenzie*, C.A. Ont., arrêt inédit, rendu le 15 octobre 1975.]

*d* POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 51 C.C.C. (2d) 75, qui a accueilli l'appel de l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès en fonction d'une dénonciation modifiée. Pourvoi rejeté, les juges McIntyre et Lamer sont dissidents en partie.

*W. J. Blacklock*, pour l'appelante.

*f* *Marc Rosenberg*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard rendu par

*g* LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi interjeté de plein droit par le procureur général de la province de l'Ontario contre un arrêt de la Cour d'appel de cette province en application des dispositions de l'al. 621(1)a) du *Code criminel* ainsi libellé:

621. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 603 ou 604 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 605(1)a) ou du paragraphe 605(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada

*i* a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, . . .

*j* L'intimé a été reconnu coupable à son procès de l'infraction



... did have in his possession a 150 horsepower mercury outboard motor, of a value exceeding two hundred dollars, knowing it to have been *obtained by* the commission in Canada of an indictable offence

CONTRARY TO SECTION 312 Subsection (a) OF THE CRIMINAL CODE.

(Emphasis is mine.)

The judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing the respondent's appeal from this conviction provided as follows:

THIS COURT DID ORDER that the said appeal should be and the same was thereby allowed and that the Information should be and the same was thereby amended, the conviction quashed and a new trial directed on the amended Information.

The question of law upon which Mr. Justice Jessup founded his dissent is expressed in the Notice of Appeal in the following terms:

Did the majority of the Court of Appeal for the Province of Ontario err in law in holding that it had no power, where there was a variance between the evidence led at trial and the allegation contained in the information, to amend the information to conform to the evidence, to affirm the conviction and to dismiss the appeal?

The "variance between the evidence led at trial and the allegation contained in the information" is founded on the conclusion unanimously reached by the Court of Appeal that the evidence at trial did not support a finding that the outboard motor which was found in the respondent's possession had been *obtained* by the commission of an indictable offence but rather that it could, at worst, be said to have been "*derived directly or indirectly*" from the commission in Canada of such an offence.

The distinction to be drawn between having possession of something knowing it to have been obtained by the commission of an indictable offence and having such possession knowing that the article was derived directly or indirectly from the commission of such an offence is illustrated by the following passage from the reasons for judgment rendered by Martin J.A. in the Court of Appeal of Ontario in the case of *R. v. MacKenzie*

[TRADUCTION] ... d'avoir eu en sa possession un moteur hors-bord de marque Mercury de 150 chevaux, d'une valeur supérieure à deux cents dollars, sachant qu'il avait été *obtenu par* la perpétration au Canada d'une infraction punissable sur acte d'accusation EN CONTRAVENTION DE L'ARTICLE 312, alinéa a) DU CODE CRIMINEL.

(Les italiques sont de moi.)

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui accueille l'appel de l'intimé contre sa déclaration de culpabilité dit ceci:

[TRADUCTION] CETTE COUR STATUE QUE l'appel doit être accueilli et qu'il y a lieu de modifier la dénonciation, et elle annule la déclaration de culpabilité et ordonne un nouveau procès sur la dénonciation modifiée.

La question de droit sur laquelle le juge Jessup a fondé sa dissidence est énoncée à l'avis d'appel dans la forme suivante:

[TRADUCTION] La Cour d'appel de la province de l'Ontario à la majorité a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que si la preuve soumise au procès et les allégations contenues dans la dénonciation ne concordent pas, elle n'a pas le pouvoir de modifier la dénonciation de façon qu'elle concorde avec la preuve, de confirmer la déclaration de culpabilité et de rejeter l'appel?

La non-concordance entre «la preuve soumise au procès et les allégations contenues dans la dénonciation» tient à la conclusion unanime de la Cour d'appel selon laquelle la preuve présentée au procès ne permet pas de conclure que le moteur hors-bord trouvé en la possession de l'intimé avait été *obtenu* par la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation, mais que tout au plus il provient directement ou indirectement (*derived directly or indirectly*) de la perpétration d'une telle infraction au Canada.

La distinction qu'il faut faire entre avoir en sa possession une chose sachant qu'elle a été obtenue par la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation et avoir la même possession en sachant que l'objet provient directement ou indirectement (*was derived directly or indirectly*) de la perpétration d'une telle infraction ressort du passage qui suit des motifs du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt

released October 15, 1975. Mr. Justice Martin there said:

We are all of the view that the word 'obtained' in the section, refers to things that constitute the subject-matter of the crime by which they were obtained. For example, things obtained by theft, false pretences or extortion. The offence must be committed in respect of the thing obtained. Money, of course, constitutes 'anything' within the meaning of section 312. Money, however, which has been knowingly and voluntarily paid by a purchaser to a vendor, with respect to an illegal transaction, which constitutes an indictable offence, is not 'obtained' by such indictable offence within the meaning of section 312. The offence committed in the offence of trafficking in a narcotic drug, or a controlled drug, is not in respect of the property transferred as the consideration for the illegal transaction, but against the public welfare, in the interests of which the transaction is made criminal. The fact that money was derived from the commission of a crime does not necessarily constitute an 'obtaining' of the money by the crime, within the meaning of section 312.

This case was followed by the *Criminal Law Amendment Act, 1975, 1974-75-76 (Can.)*, c. 93, s. 29 which reads:

312. (1) Every one commits an offence who has in his possession any property or thing or any proceeds of any property or thing knowing that all or part of the property or thing or of the proceeds was obtained by or derived directly or indirectly from

(a) the commission in Canada of an offence punishable by indictment; . . .

The facts of this case are not seriously in dispute and they are concisely summarized in the dissenting reasons for judgment of Mr. Justice Jessup which were in this regard adopted by the majority of the Court of Appeal. Mr. Justice Jessup there said [at p. 78]:

Three men entered into a conspiracy for two of them to take the outboard motor from the third who was its owner and the owner then falsely claimed against his insurer for loss by theft. The two who had taken the motor sold it to the appellant and the learned trial Judge found that the appellant knew of the scheme at the time of the sale.

*R. v. MacKenzie*, rendu le 15 octobre 1975. Le juge Martin y dit ceci:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que le mot «obtenu» à l'article renvoie aux choses qui sont l'objet d'un acte criminel par lequel elles ont été obtenues. Par exemple, des choses obtenues par vol, faux semblants ou extorsion. L'infraction doit avoir été commise à l'égard de la chose obtenue. L'argent constitue, cela va de soi, une «chose» au sens de l'art. 312. Cependant, l'argent qui aurait été versé sciemment et volontairement par un acheteur à un vendeur, en raison d'une opération illégale qui constitue un acte criminel, n'est pas «obtenu» par un tel acte au sens de l'art. 312. L'infraction que constitue le trafic d'un stupéfiant ou d'une drogue contrôlée n'est pas répréhensible à cause du bien donné en contrepartie de l'opération illégale, mais parce qu'il est contraire au bien public, pour la sauvegarde duquel l'opération est déclarée illégale. Retirer de l'argent de la perpétration d'un acte criminel ne revient pas nécessairement à «obtenir» de l'argent par la perpétration d'un acte criminel au sens de l'art. 312.

Cette affaire-là a été suivie de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel, 1974-75-76 (Can.)*, chap. 93, art. 29, qui se lit ainsi\*:

312. (1) Commet une infraction, quiconque a en sa possession un bien, une chose ou leur produit sachant que tout ou partie d'entre eux ont été obtenus

a) par la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation; ou

Les faits en l'instance ne sont pas sérieusement contestés. Le juge Jessup les résume succinctement dans ses motifs de dissidence que les deux autres juges de la Cour d'appel ont adoptés sous ce rapport. Le juge Jessup y dit ceci [à la p. 78]:

[TRADUCTION] Trois personnes ont formé un complot par lequel deux d'entre elles enlèveraient un moteur hors-bord à la troisième qui en était le propriétaire et qui présenterait une fausse réclamation à son assureur pour perte par vol. Les deux personnes qui avaient enlevé le moteur l'ont vendu à l'appelant et le juge du procès a conclu que l'appelant était au courant de la combine au moment de la vente.

\* N.d.T.—La version anglaise comprend l'expression: *derived directly or indirectly from* . . .

In fact the trial judge found that Geauvreau knew how the outboard motor had been acquired at the time when he made the purchase and moreover that he knew "exactly what the deal was".

It was the submission of the Crown before the Court of Appeal and before this Court that the information should be amended "to allege that the appellant was in possession of an outboard motor knowing that it was derived indirectly from the commission in Canada of an indictable offence", and it was further submitted that the Court of Appeal should affirm the conviction based on the amended information. It is this submission which gave rise to the dissenting judgment of Mr. Justice Jessup and it must in my view be examined in light of the proposition stated by Mr. Justice Zuber on behalf of the majority of the Court of Appeal [at p. 84]:

It is part of our law of criminal procedure that a person accused of crime is entitled to know the charge against him, whether contained in an information or an indictment, in reasonably specific terms and he is tried on that charge. This principle retains its vitality even though the formalism of an earlier era has been diminished and trial Courts now possess reasonably wide powers of amendment. However, even though criminal procedure has become less technical and more flexible, the concept of an amendment at an appellate stage involves difficult considerations. An amendment at trial contemplates a continuing ability by the accused to meet an amended charge; the appellate stage occurs long after the evidence has been led, arguments made and facts found. In my view, it would be an extraordinary step for an appellate Court to materially amend the charge and uphold a conviction based on the charge as amended. I would think that such an extraordinary step would require the clearest statutory basis.

It is however further contended on behalf of the Crown that the amendment sought in the present case is a mere alteration in a particular of the offence and as to this contention I agree that the source of the property and the manner by which it was acquired relate only to the mode of the commission of the offence, but, as Mr. Justice Zuber has observed [at p. 85]:

En réalité, le juge du procès a conclu que Geauvreau savait comment on s'était procuré le moteur hors-bord au moment où il en a fait l'acquisition et qu'en plus il savait [TRADUCTION] «exactement a quelle était l'entente».

La poursuite a soutenu en Cour d'appel et en cette Cour qu'il y avait lieu de modifier la dénonciation de manière qu'elle [TRADUCTION] «allègue b que l'appellant était en possession d'un moteur hors-bord sachant qu'il provenait indirectement (*was derived indirectly*) de la perpétration au Canada d'une infraction punissable sur acte d'accusation». La poursuite a aussi soutenu que la c Cour d'appel devrait confirmer la déclaration de culpabilité fondée sur la dénonciation modifiée. C'est cette proposition qui a donné lieu à la dissidence du juge Jessup et, à mon avis, il faut l'étudier à la lumière de ce qu'écrit le juge Zuber pour d la majorité en Cour d'appel [à la p. 84]:

[TRADUCTION] C'est une caractéristique de notre procédure pénale qu'une personne accusée d'un acte criminel a le droit de connaître l'accusation portée e contre elle, qu'il s'agisse d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation, en termes suffisamment précis et que son procès porte sur cette accusation. Ce principe reste valable même si l'on a délaissé le formalisme d'une autre époque, et si les tribunaux de première instance possèdent f maintenant des pouvoirs de modification assez étendus. Toutefois, même si la procédure pénale a perdu de son formalisme en devenant plus souple, l'idée d'une modification au stade de l'appel pose des difficultés. Une modification au stade du procès suppose que l'accusé g continue d'avoir la possibilité de répondre à l'accusation modifiée, mais l'appel a lieu longtemps après la présentation de la preuve, les plaidoiries et les constatations de faits. A mon avis ce serait une mesure extraordinaire qu'une cour d'appel modifie substantiellement l'accusation et confirme la déclaration de culpabilité en fonction h de l'accusation modifiée. Je crois qu'une mesure aussi extraordinaire exigerait une disposition législative des plus explicites.

Toutefois, la poursuite a aussi soutenu que la i modification demandée en l'instance constitue simplement un changement dans un détail de l'infraction; et, quant à cette prétention, je conviens que la provenance du bien et la façon de l'acquérir n'ont j trait qu'à la manière de commettre l'infraction, mais comme le juge Zuber le signale [à la p. 85]:

... the possession of property by itself is not an offence. The Crown must allege as a necessary element of its case the unlawful source of the goods. In the information as drawn in this case the allegation that the motor was 'obtained by the commission in Canada of an indictable offence' is an essential averment. The Crown now seeks to delete that essential averment and substitute another, *i.e.* 'derived indirectly from the commission of an indictable offence'.

In this latter regard the Crown seeks to rely on the provisions of s. 610(3) of the *Criminal Code* and this also forms the basis of the dissenting judgment of Mr. Justice Jessup. That section reads:

(3) A court of appeal may exercise in relation to proceedings in the court any powers not mentioned in subsection (1) that may be exercised by the court on appeals in civil matters, and may issue any process that is necessary to enforce the orders or sentences of the court but no costs shall be allowed to the appellant or respondent . . .

Section 610 of the *Criminal Code* is primarily concerned with evidentiary questions and the following passage taken from the dissenting judgment of Chief Justice Laskin in *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393 at p. 409 reads as follows:

I am unable to accept the view that s. 610(3) confers any power upon a court of appeal to amend an indictment. That subsection takes its context from the preceding provisions of s. 610 which concern evidentiary questions. The opening words of s. 610(3) show its limited range; they provide that 'A court of appeal may exercise . . . any powers not mentioned in subsection (1) that may be exercised . . . on appeals in civil matters'. The subsection cannot, therefore, be read as if it was a detached and separate provision. Although Wilson J.A. purported to find support for his view in this Court's judgment in *Kissick v. The King* [1952] 1 S.C.R. 343, that case was concerned with an issue as to admissibility of evidence and thus related to the very subject-matter of s. 610. Still less can s. 610(3) be relied upon to authorize a court of appeal to substitute a different charge from the one on which the case came before it.

While the above quotation is taken from a dissenting opinion, it constitutes a thorough and authoritative statement of the true meaning to be attached to the provisions of s. 610(3) of the *Criminal Code* and it is to be noted that it covers a

[TRADUCTION] . . . la possession d'un bien en soi n'est pas une infraction. La poursuite doit alléguer comme élément nécessaire de sa preuve la provenance illégale des biens. Dans le texte de la dénonciation en l'espèce, l'allégation que le moteur a été «obtenu par la perpétration au Canada d'une infraction punissable sur acte d'accusation» est essentielle. La poursuite cherche maintenant à retirer cette allégation essentielle et à la remplacer par une autre, c.-à-d. «produit indirectement (*derived indirectly*) de la perpétration d'une infraction punissable sur acte d'accusation».

Sur ce point, la poursuite invoque le texte du par. 610(3) du *Code criminel* et c'est aussi le fondement de la dissidence du juge Jessup. Ce paragraphe se lit ainsi:

(3) Une cour d'appel peut exercer, relativement aux procédures devant la cour, tout pouvoir non mentionné au paragraphe (1) qui peut être exercé par la cour lors d'appels en matière civile, et elle peut décerner tout acte judiciaire nécessaire pour l'exécution des ordonnances ou sentences de la cour, mais aucuns frais ne doivent être accordés à l'appelant . . .

L'article 610 du *Code criminel* vise essentiellement des questions de preuve et le passage suivant, tiré des motifs de dissidence du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, se lit comme suit (à la p. 409):

Je ne puis admettre que le par. 610(3) confère à une cour d'appel le pouvoir de modifier un acte d'accusation. On doit situer ce paragraphe dans le contexte des autres paragraphes de l'art. 610 qui traitent de questions relatives à la preuve. Les premiers mots du par. 610(3) en font ressortir la portée limitée: «Une cour d'appel peut exercer . . . tout pouvoir non mentionné au paragraphe (1) qui peut être exercé . . . lors d'appels en matière civile». On ne peut donc interpréter le paragraphe comme une disposition autonome et isolée. Le juge Wilson a tenté d'appuyer son point de vue sur l'arrêt *Kissick c. Le Roi* [1952] 1 R.C.S. 343, prononcé par cette Cour, mais cet arrêt portait sur l'admissibilité d'une preuve et avait donc trait à l'objet même de l'art. 610. On peut encore moins invoquer le par. 610(3) pour autoriser une cour d'appel à substituer une accusation différente à celle qui lui a été soumise.

Même si la citation ci-dessus provient de motifs de dissidence, elle constitue un énoncé complet, qui fait autorité, du sens à donner aux dispositions du par. 610(3) du *Code criminel*; il faut également noter qu'elle vise un aspect de ce pourvoi-là que les

facet of the appeal in the case there in question which was expressly left open in the reasons for judgment of the majority of this Court.

I am further in agreement with the reasons for judgment of the majority of the Court of Appeal in holding that the present circumstances fall to be dealt with in accordance with the provisions of s. 613 of the *Criminal Code*, and like Mr. Justice Zuber, I find it desirable to reproduce hereunder the relevant portions of that section which reads as follows:

**613.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered, or

(b) order a new trial.

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

The Crown sought to have the information amended to conform to the evidence and thereafter to affirm the conviction and, as I have indicated, the dissenting opinion of Mr. Justice Jessup is to the same effect. To follow this course would be to take what Mr. Justice Zuber in my opinion properly referred to as "an extraordinary step" which "would require the clearest statutory basis".

I can find no such clear statutory basis in this case but I am satisfied that justice can be done by

motifs de jugement majoritaires en cette Cour n'avaient expressément pas tranché.

Je souscris aussi aux motifs de jugement majoritaires en Cour d'appel qui concluent que l'espèce relève de l'application de l'art. 613 du *Code criminel* et, comme le juge Zuber, je crois nécessaire d'en citer ici les parties pertinentes:

**613.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle doit annuler la condamnation et

a) ordonner l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquiescement, ou

b) ordonner un nouveau procès.

(8) Lorsqu'une cour d'appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

La poursuite a demandé de modifier la dénonciation pour que celle-ci soit conforme à la preuve et ensuite de confirmer la déclaration de culpabilité. Comme je l'ai déjà mentionné, les motifs de dissidence du juge Jessup sont à cet effet. Adopter cette solution serait prendre ce que le juge Zuber appelle, à juste titre, «une mesure extraordinaire» qui «exigerait une disposition législative des plus explicites».

Je ne puis trouver de disposition législative explicite de ce genre en l'espèce, mais je suis

following the course adopted by the majority of the Court of Appeal which was to quash the conviction, allow the appeal and order a new trial pursuant to the authority contained in s. 613(1)(a) and s. 613(2)(b) and *thereafter*, pursuant to the authority contained in s. 613(8) to make any order that justice requires including in the present case an order directing a new trial on the amended information. This procedure ensures that the accused is informed of the charge against him before his trial commences and provides him with a continuing opportunity to meet the amended charge as the trial progresses.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

The reasons of McIntyre and Lamer JJ. were delivered by

LAMER J. (*dissenting in part*)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother Ritchie. I am in agreement with his comments as regards ss. 312(1) and 610(3) of the *Criminal Code*. I also agree with the Court of Appeal for Ontario and with the reasons given by that Court set out in my brother Ritchie's opinion that the conviction should be quashed. I would, however, allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal for a new trial and enter a verdict of acquittal. I would have agreed to the ordering of a new trial on an amended information had the trial judge denied a Crown's motion to that effect. However such did not occur as the Crown did not seek an amendment from the trial court.

The trial judge's error was in convicting the accused as charged since the evidence could not support the essential averment that the outboard motor had "been obtained by the commission in Canada of an indictable offence". (My underlining). The Crown's failure to seek to cure the defect in its information at trial should in my view inure to the benefit of the accused. While appellate courts should correct judicial errors on appeal it is not generally their function to assist the Crown in overcoming the effect of its prosecutorial short-

convaincu que justice est rendue par la solution adoptée par la décision majoritaire de la Cour d'appel qui a annulé la déclaration de culpabilité, accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès en vertu des pouvoirs conférés par les al. 613(1)a et 613(2)b), puis a ordonné, en vertu des pouvoirs que donne le par. 613(8), de rendre toute autre ordonnance que la justice exige, soit en l'espèce, un nouveau procès sur la dénonciation modifiée. Cette procédure assurera à l'accusé d'être informé de l'accusation retenue contre lui avant le début du procès et lui permettra d'être en mesure de répondre à l'acte d'accusation modifiée pendant le cours du procès.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges McIntyre et Lamer rendus par

LE JUGE LAMER (*dissident en partie*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Ritchie. Je suis d'accord avec ses commentaires relatifs aux par. 312(1) et 610(3) du *Code criminel*. Je suis aussi d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario et avec les motifs de cette dernière que cite mon collègue le juge Ritchie et portant qu'il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité. Cependant, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'ordonnance de nouveau procès rendue par la Cour d'appel et je prononcerais l'acquittement. J'aurais été d'accord pour ordonner un nouveau procès sur la dénonciation modifiée si le juge du procès avait refusé une requête de la poursuite à cette fin. Toutefois, ce n'est pas ce qui est arrivé puisque la poursuite n'a pas demandé de modification en première instance.

Le juge du procès a commis une erreur en déclarant l'accusé coupable de l'infraction imputée puisque la preuve ne pouvait étayer l'allégation essentielle que le moteur hors-bord avait «été obtenu par la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation». (C'est moi qui souligne.) L'omission de la poursuite de tenter de corriger au procès le vice entachant sa dénonciation devrait à mon avis profiter à l'accusé. Même si les cours d'appel doivent remédier en appel aux erreurs de procédure, néanmoins leur

comings to the detriment of accused by ordering a second trial where the first has failed solely through error of the Crown. While this Court's decision in *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, has recognized that appellate courts may order a new trial on an amended charge, provided that it not be tantamount to charging a different offence, it is a matter of discretion which, for the aforementioned reasons, I should choose to exercise by entering a verdict of acquittal in the stead of a new trial on the amended information.

*Appeal dismissed, McINTYRE and LAMER JJ. dissenting in part.*

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

*Solicitors for the respondent: Greenspan, Moldaver & Rosenberg, Toronto.*

rôle ne consiste pas à aider la poursuite à éluder, au détriment de l'accusé, les conséquences découlant des lacunes dues à sa façon de diriger la présentation de sa cause et à ordonner un nouveau procès lorsque le premier échoue par la seule erreur de la poursuite. Même si l'arrêt de cette Cour *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393 reconnaît que les cours d'appel peuvent ordonner un nouveau procès sur une dénonciation modifiée, pourvu que cela n'équivaille pas à une accusation visant une infraction différente, c'est une question de pouvoir discrétionnaire que, pour les motifs que j'ai exprimés, je serais d'avis d'exercer en faisant inscrire un verdict d'acquiescement au lieu d'ordonner un nouveau procès sur la dénonciation modifiée.

*Pourvoi rejeté, les juges McINTYRE et LAMER sont dissidents en partie.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Greenspan, Moldaver & Rosenberg, Toronto.*

**Oxford Pendaflex Canada Limited***Appellant;*

and

**Korr Marketing Limited, Pirie-Mckie Limited, Mitchell Plastics Limited and Pirham Manufacturing Inc. Respondents.**

File No.: 16057.

1981: May 6; 1982: April 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Tort — Passing-off — “Get-up” for product to acquire secondary meaning — Burden of plaintiff-appellant in a passing-off action — Facts not establishing secondary meaning.*

Appellant manufactured and sold trays under the name Starmark after acquisition of the Starmark company. The trays have been marketed under several changing names by different companies. On agreement respondent Mitchell Plastics manufactured identical trays for the other respondents who sold them to the public. Appellant having unsuccessfully taken action in tort of passing-off against the respondents in the courts below sought an injunction and accounting in this Court on the grounds that (1) the trial court was misled by confusing the names under which the product was sold with the get-up and design of appellant's product and (2) the courts required it to prove that “the purchaser of the product associated the get-up of this product with the appellant as its source”.

*Held:* The appeal should be dismissed.

References to name sprang from the complex origin of the trays and changing names under which they were marketed. Although in his reasons for judgment the trial judge referred to “name or get-up”, there did not appear to be a fatal imposition of such an element on the applicable tests to determine whether or not a secondary meaning had been established by the appellant in connection with its trays. The trial judge had correctly expressed himself on the law and had not put upon the appellant a burden not required of a plaintiff in a passing-off action. The appellant failed to establish the fundamental pre-requisite that its trays had acquired a

**Oxford Pendaflex Canada Limited***Appelante;*

et

**<sup>a</sup> Korr Marketing Limited, Pirie-Mckie Limited, Mitchell Plastics Limited et Pirham Manufacturing Inc. Intimées.**

N° du greffe: 16057.

<sup>b</sup> 1981: 6 mai; 1982: 5 avril.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO<sup>d</sup> *Responsabilité délictuelle — Passing-off — La «présentation» d'un produit doit lui conférer une notoriété propre — Obligation qui incombe à un demandeur dans une action en passing-off — Les faits n'établissent pas l'existence d'une notoriété propre.*

Depuis qu'elle s'est portée acquéreur de la société Starmark, l'appelante fabrique des paniers et les vend sous la marque «Starmark». Différentes sociétés ont commercialisé ces paniers sous différentes marques. En exécution d'une entente, l'intimée Mitchell Plastics a fabriqué des paniers identiques pour les autres intimées qui les ont vendus au public. L'appelante a intenté contre les intimées une action en *passing-off* et, ayant été déboutée par les cours d'instance inférieure, demande à la Cour une injonction et une reddition de compte pour le motif que (1) la cour de première instance a commis une erreur en confondant les marques sous lesquelles le produit était vendu avec la présentation et la forme du produit de l'appelante et que (2) les cours ont exigé que celle-ci établisse que «l'acheteur du produit a associé la présentation de ce produit à l'appelante comme source du produit».

<sup>e</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Les mentions de la marque découlent de l'origine complexe des paniers et des différentes marques sous lesquelles ils ont été commercialisés. Même si, dans ses motifs, le juge de première instance mentionne «la marque ou la présentation», il semble n'y avoir rien qui s'apparente à l'incorporation inévitable de cette condition aux critères applicables pour décider si l'appelante a prouvé l'existence d'une notoriété propre relativement à ses paniers. Le juge de première instance a énoncé correctement la règle de droit applicable et n'a pas imposé à l'appelante une obligation qui n'est pas requise d'un demandeur dans une action en *passing-off*. L'appe-



“secondary meaning or secondary reputation”.

*Roche Products Ltd. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1973] R.P.C. 473; *J.B. Williams Company v. H. Bronnley & Co. Ltd.* (1909), 26 R.P.C. 765; *Birmingham Vinegar Brewery Company v. Powell*, [1897] A.C. 710; *William Edge & Sons, Limited v. William Niccolts & Sons, Limited*, [1911] A.C. 693, applied; *Eldon Industries Inc. et al. v. Reliable Toy Co. Ltd. et al.*, [1966] 1 O.R. 409, considered; *MacDonald et al. v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Parke, Davis & Company v. Empire Laboratories Limited*, [1964] S.C.R. 351; *John Haig and Company Limited v. Forth Blending Company Limited and W.R. Paterson Limited* (1953), 70 R.P.C. 259, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1980), 47 C.P.R. (2d) 119, affirming a judgment of the High Court of Justice (1979), 23 O.R. (2d) 545, 46 C.P.R. (2d) 191, dismissing an action for an injunction and damages for passing-off. Appeal dismissed.

*J. L. McDougall, Q.C.*, and *I. V. B. Nordheimer*, for the appellant.

*W. A. D. Millar*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The appellant brought an action against the respondents founded in the tort of passing-off and, having failed at trial and in the Court of Appeal of Ontario, now seeks in this Court an injunction and an accounting on two principal grounds:

1. The judge at trial misconstrued the evidence and thereby failed to appreciate that at all material times the product of the appellant came to the Canadian market from a single source operated by a series of owners culminating in the appellant; and the learned trial judge was led into error by confusing the names under which the product was sold by the appellant and its predecessors with the get-up, including design, of the appellant's product;

2. The courts below both required the appellant, in order to establish that its product had

lante n'a pas établi la condition préalable fondamentale, savoir que ses paniers ont acquis «une notoriété propre ou une réputation seconde».

Jurisprudence: arrêts suivis: *Roche Products Ltd. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1973] R.P.C. 473; *J.B. Williams Company v. H. Bronnley & Co. Ltd.* (1909), 26 R.P.C. 765; *Birmingham Vinegar Brewery Company v. Powell*, [1897] A.C. 710; *William Edge & Sons, Limited v. William Niccolts & Sons, Limited*, [1911] A.C. 693; arrêt examiné: *Eldon Industries Inc. et al. v. Reliable Toy Co. Ltd. et al.*, [1966] 1 O.R. 409; arrêts mentionnés: *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Parke, Davis & Company c. Empire Laboratories Limited*, [1964] R.C.S. 351; *John Haig and Company Limited v. Forth Blending Company Limited and W.R. Paterson Limited* (1953), 70 R.P.C. 259.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 47 C.P.R. (2d) 119, qui a confirmé un jugement de la Haute Cour de Justice (1979), 23 O.R. (2d) 545, 46 C.P.R. (2d) 191, qui a rejeté une demande d'injonction et de dommages-intérêts pour *passing-off*. Pourvoi rejeté.

*J. L. McDougall, c.r.*, et *I. V. B. Nordheimer*, pour l'appelante.

*W. A. D. Millar*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—L'appelante a intenté contre les intimées une action en *passing-off* et, vu son échec en première instance et en Cour d'appel de l'Ontario, elle demande maintenant à cette Cour une injonction et une reddition de compte en se fondant sur deux moyens principaux:

1. Le juge de première instance a mal interprété la preuve et ne s'est donc pas rendu compte qu'en tout temps, le produit de l'appelante offert sur le marché canadien provenait d'une source unique exploitée par une série de propriétaires aboutissant à l'appelante; et le savant juge de première instance a commis une erreur en confondant les marques sous lesquelles le produit était vendu par l'appelante et ses prédécesseurs avec la présentation, y compris la forme, du produit de l'appelante;

2. Les deux cours d'instance inférieure ont exigé que, pour faire la preuve que son produit a

acquired a secondary meaning in the market, must prove that “the purchaser of the [appellant’s] product associated the get-up of this product with the appellant as its source”, and not merely that this product with its characteristic get-up came from a single source.

The product in question is a tray commonly used on desks in offices and elsewhere to hold letters and documents. The history of the appellant’s product and its sale in Canada began in the mid-1960’s when an American company, which had been manufacturing and marketing this tray in the United States, exported it to Canada through a manufacturer’s agent. The tray sold under the name “Contempo Tray”. Sometime thereafter the importation into Canada was conducted through a company jointly owned by the American manufacturer and the Canadian manufacturer’s agent. Later, the manufacturer’s agent bought out the United States company’s interest in the Canadian venture which thereupon changed its name to Starmark of Canada Limited and proceeded to manufacture the identical tray and to market it in this country. Thus by 1968 the tray was marketed in western Canada under the Starmark name (which was later registered under the *Trade Marks Act*) and which name is still used by the appellant in the marketing of this product. The U.S. company continues to manufacture and market its trays in the United States, now under the name Con-Tempo-Tray. The foregoing evidence is imprecise as to dates and sometimes as to names used by the marketing companies.

Subsequently (in 1973), the appellant acquired the shares of Starmark of Canada Limited and from that time forward has manufactured and marketed these trays under the name Starmark. Prior to this acquisition of the Starmark company, the appellant manufactured and marketed a tray under the name “Index Card”. This tray was identical in shape and appearance to the Starmark tray except that it was made of heavier material and the stacking holes along the sides of the tray were located in a slightly different position than in the Starmark tray. The manufacture of this Index Card tray was discontinued in 1974 when the

acquis une notoriété propre sur le marché, l’appelante établit que «l’acheteur du produit [de l’appelante] a associé la présentation de ce produit à l’appelante comme source du produit», et non simplement que ce produit avec sa présentation distinctive provenait d’une source unique.

Le produit en cause est un panier dont on se sert habituellement sur un bureau pour y mettre des lettres et des documents. L’historique du produit que l’appelante a vendu au Canada remonte au milieu des années soixante lorsqu’une société américaine, qui fabriquait ce panier et le commercialisait aux États-Unis, l’a exporté au Canada par l’entremise d’un représentant. Le panier se vendait sous la marque «Contempo Tray». Quelque temps plus tard, l’importation au Canada s’est faite par une société dont le fabricant américain et son représentant au Canada étaient copropriétaires. Plus tard, le représentant du fabricant a acheté les droits de la société américaine dans l’entreprise canadienne qui a alors pris le nom de Starmark of Canada Limited et qui a entrepris de fabriquer un panier identique et de le commercialiser au Canada. Ainsi, en 1968, le panier était vendu dans l’Ouest canadien et il portait la marque Starmark (déposée par la suite conformément à la *Loi sur les marques de commerce*) dont l’appelante se sert encore pour commercialiser ce produit. La société américaine continue de fabriquer et de commercialiser ses paniers aux États-Unis, qui portent maintenant la marque Con-Tempo-Tray. La preuve qui précède est imprécise quant aux dates et parfois quant aux noms utilisés par les sociétés de commercialisation.

Subséquemment (en 1973), l’appelante a acquis les actions de Starmark of Canada Limited et, depuis, elle fabrique et vend ces paniers sous la marque Starmark. Avant d’acquérir la société Starmark, l’appelante fabriquait et vendait un panier dont la marque était «Index Card». Ce panier avait une forme et une apparence identiques au panier Starmark sauf qu’il était fait d’un matériau plus lourd et que les entailles de superposition sur les côtés du panier étaient situées à un endroit légèrement différent de celles du panier Starmark. L’appelante a cessé de fabriquer le panier Index Card en 1974 lorsqu’elle a commencé à fabriquer

appellant commenced to make and market the Starmark tray. The Index Card tray was, however, still being sold at the retail level in 1978.

When asked how the appellant came to acquire the Starmark tray the chairman of the board of the appellant stated:

In 1973 determining into which product lines we should extend in order to complement our existing line one of the areas that was most attractive was desk accessories and, looking at the market, apart from very large corporations like Borden there was a tray on the market particularly in western Canada being sold by Mr. Michaelson under the name of Starmark. He had been selling that tray for approximately eight years and had established the name Starmark in western Canada and to a very limited degree in Ontario.

The only way to be in that business with that successful tray was to buy the Starmark company and I approached Mr. Michaelson in 1973 and we purchased his company in September of 1973.

Thus the appellant and its predecessors have marketed their present tray under different names since the mid-1960's, the trays being provided first by importation from the American manufacturer, and since 1968 by manufacture in this country. It is also evident that a very similar tray was marketed in Canada by the appellant itself prior to 1974; and that the U.S. manufacturer who apparently originated this tray continues to make and to market it in the United States but under a different name. None of the trays are the subject of any registration under statute.

The respondents consist of three companies, apparently commonly owned and operated, and Mitchell Plastics Limited who are the makers of the mould and the manufacturers of the tray sold by the respondent group. The Mitchell company has simply submitted its rights to the Court and has not participated in these proceedings. When reference is made to the respondents herein, the reference does not include, unless the context otherwise requires, Mitchell Plastics Limited.

The respondents indeed had been selling the appellant's trays for its predecessor, Starmark of Canada Limited, until 1973 when its right to do so

et à vendre le panier Starmark. Toutefois, le panier Index Card était encore offert en vente au détail en 1978.

Lorsqu'on lui a demandé comment l'appelante en est venue à acquérir le panier Starmark, le président du conseil d'administration de l'appelante a répondu:

[TRADUCTION] En examinant en 1973 vers quels produits nous devrions nous orienter en vue de compléter notre production actuelle, le domaine des accessoires de bureau était l'un des plus attrayants et en examinant le marché, à l'exception de sociétés très importantes comme Borden, on y trouvait, en particulier dans l'Ouest canadien, un panier vendu par M. Michaelson sous la marque Starmark. Il vendait ce panier depuis environ huit ans et il avait implanté la marque Starmark dans l'Ouest canadien et, dans une très faible mesure, en Ontario.

L'acquisition de la société Starmark était le seul moyen de pénétrer ce marché avec un panier qui se vendait bien; j'en ai parlé à M. Michaelson en 1973 et nous avons acquis sa société en septembre 1973.

Ainsi l'appelante et ses prédécesseurs ont vendu leur panier actuel sous des marques différentes depuis le milieu des années soixante; d'abord importé du fabricant américain, ce panier est fabriqué au Canada depuis 1968. Il est également clair qu'avant 1974, l'appelante elle-même vendait au Canada un panier très semblable et que le fabricant américain qui semble avoir conçu ce panier continue à le fabriquer et à le vendre aux États-Unis sous une marque différente. Aucun de ces paniers n'a été enregistré comme le prescrit la loi.

Les intimées sont trois sociétés, apparemment possédées et exploitées en commun, et Mitchell Plastics Limited qui fabrique le moule et les paniers vendus par les sociétés intimées. La société Mitchell s'en est simplement remise à la Cour et n'a pas pris part au débat. Lorsqu'on mentionne les intimées en l'espèce, la mention ne vise pas Mitchell Plastics Limited à moins que le contexte ne l'exige.

Les intimées ont vendu le panier de l'appelante pour son prédécesseur Starmark of Canada Limited jusqu'en 1973, année au cours de laquelle le

was terminated by the then owner of Starmark of Canada Limited. In fact the respondents or their shareholders at one time sought to buy Starmark of Canada Limited. In 1978, after selling other trays and studying the market, the respondents took a sample of the appellant's tray to a plastics manufacturer (the Mitchell company) and had a mould made from which the respondents produced the identical product which the respondents proceeded to market in 1978. Apparently the respondents also market this tray in the United States. The only difference between the trays is the lighter plastic used by the respondents and a slightly less ruffled surface on the floor of the respondents' tray. As the learned trial judge Hughes J. put it:

When displayed by a retailer without the plastic envelope, only a discerning eye and curiosity sufficient to examine the stamping on the bottom of the tray turned upside down, or the higher finish of the Starmark tray, could detect any difference.

As to why the respondents copied the appellant's tray, the evidence is clear:

Q. And it was your intention, I put it to you, to produce a tray that looked the same as the Starmark tray but could sell at a lower price because it was made of less costly material.

A. Yes.

Q. And you chose, I suggest to you, the Starmark shape because you knew from your experience that it was a successful product and that it was known by consumers and office supply dealers throughout Canada?

A. Yes.

Q. In fact, Mr. Pirie, isn't it true that letter trays all perform the same function, that is to hold pieces of paper?

A. That's correct.

Q. And the two things which distinguish trays one from another are the design, the get-up and the method of stacking?

A. Yes.

Q. And in those two particulars your tray is exactly the same as the Starmark tray?

A. Yes. I would have to say so.

propriétaire de Starmark of Canada Limited à l'époque a mis fin à leur droit de le vendre. En fait, à un certain moment, les intimées ou leurs actionnaires ont tenté d'acheter Starmark of Canada Limited. En 1978, après avoir vendu d'autres paniers et avoir fait une étude de marché, les intimées ont apporté un échantillon du panier de l'appelante à un fabricant de produits de plastique (la société Mitchell) et en ont fait faire un moule à partir duquel elles ont fabriqué un produit identique qu'elles ont entrepris de commercialiser en 1978. Apparemment, les intimées vendent aussi ce panier aux États-Unis. La seule différence entre ces paniers est que les intimées utilisent un plastique plus léger et que le dessous du panier des intimées a une surface plus lisse. Comme l'a affirmé en première instance le savant juge Hughes:

[TRADUCTION] Lorsqu'un détaillant le présente sans son enveloppe de plastique, seul un œil averti et une curiosité suffisante pour examiner l'estampillage sous le panier, ou le meilleur fini du panier Starmark, peuvent permettre de constater la différence.

Quant à savoir pourquoi les intimées ont imité le panier de l'appelante, la preuve est claire:

[TRADUCTION]

Q. Et votre intention, n'est-il pas vrai, était de produire un panier qui ait l'apparence du panier Starmark mais qui se vende moins cher parce qu'il était fabriqué d'un matériau moins coûteux.

R. Oui.

Q. Et vous avez choisi, n'est-ce pas, la forme du produit Starmark parce que vous saviez par expérience qu'il se vendait bien et qu'il était bien connu des consommateurs et des marchands de fournitures de bureau partout au Canada?

R. Oui.

Q. En fait, M. Pirie, n'est-il pas exact que les paniers à courrier remplissent tous la même fonction, soit contenir des papiers?

R. C'est exact.

Q. Et que les deux choses qui distinguent un panier d'un autre sont la forme, la présentation et le mode de superposition?

R. Oui.

Q. Et quant à ces deux détails, votre panier est exactement le même que le panier Starmark?

R. Oui, je dois le reconnaître.

(The testimony of the President of the respondents.)

The operations of the respondents in this connection are summarized in the judgment at trial:

The witness, Ronald George Pirie, principal officer apparently of all the defendants [respondents] except Mitchell Plastics Limited and their only witness at trial, made no secret of the fact that he took a Starmark tray to the defendant Mitchell Plastics and requisitioned an exact copy which would be lighter and cheaper. Twenty-eight thousand of these trays were produced of which little less than 24,000 have been sold to wholesalers and large retailers at prices under \$3, for sale to the public at somewhat under \$5 per tray. Both the plaintiff's and the defendants' trays are sold in the same or nearly the same number of colours and are individually wrapped in a clear plastic envelope on which the labelling is, however, markedly different.

It is apparent from the record that the appellant has enjoyed large sales of its trays in Canada, with over a million sold in the past five years. The sales of its trays by the respondents have been very much smaller.

The appellant in this Court submitted that the conclusion reached by the learned trial judge on the facts relating to the origin of the appellant's trays is wrong and has influenced the later application of the law (which will be discussed shortly) to the evidence at trial. This submission springs largely from the following comment contained in the judgment at trial:

There is evidence, however, that the peculiar shape and stacking features of the Starmark and Korr trays have also been known to the public as features of the "Contempo" tray produced in the United States at the present time by Stemple Manufacturing Co. of Dallas and Los Angeles. An example of this tray, marked with the trademark "Stempco", the name of the manufacturer and the name "Con-Tempo-Tray" with a raised encircled "R" immediately following the hyphenated word, was entered in evidence for the defendants.

The judgment shortly thereafter referred to the names under which the appellant's product has been marketed in Canada:

(Le témoignage du président des intimées.)

Le jugement de première instance résume les activités des intimées à cet égard:

[TRADUCTION] Le témoin, Ronald George Pirie, vraisemblablement l'administrateur principal de toutes les défenderesses (les intimées) à l'exception de Mitchell Plastics Limited et leur seul témoin au procès, n'a pas caché qu'il a apporté un panier Starmark à la défenderesse Mitchell Plastics et en a commandé une copie exacte qui soit plus légère et moins coûteuse. Vingt-huit mille paniers de ce genre ont été fabriqués, dont un peu moins de 24,000 ont été vendus à des grossistes et à des détaillants importants à des prix inférieurs à \$3, pour être offerts au public à moins de \$5 l'unité. Les paniers de la demanderesse et ceux des défenderesses sont offerts dans à peu près la même gamme de couleurs et sont emballés individuellement dans une enveloppe de plastique clair qui comporte toutefois une étiquette nettement différente.

Il ressort du dossier que l'appelante a vendu des quantités importantes de paniers au Canada, soit plus d'un million d'unités au cours des cinq dernières années. Les intimées en ont vendu beaucoup moins.

L'appelante en cette Cour a soutenu que les conclusions que le savant juge de première instance a tirées des faits relatifs à l'origine des paniers de l'appelante sont erronées et qu'elles ont influencé l'application ultérieure du droit (que j'examinerai sous peu) à la preuve faite au procès. Cet argument découle en grande partie de l'observation suivante contenue dans le jugement de première instance:

[TRADUCTION] La preuve révèle toutefois que la forme particulière et le mode de superposition des paniers Starmark et Korr étaient également connus du public comme des traits caractéristiques du panier «Contempo» actuellement fabriqué aux États-Unis par Stemple Manufacturing Co. de Dallas et Los Angeles. Les défenderesses ont produit en preuve un échantillon de ce panier portant la marque de commerce «Stempco», le nom du fabricant et la marque «Con-Tempo-Tray» assortie d'un «R» encerclé surélevé suivant immédiatement le mot à traits d'union.

Un peu plus loin, le jugement mentionne les marques sous lesquelles le produit de l'appelante a été commercialisé au Canada:

Before 1973 Michaelson's Starmark Company of Canada Limited had, according to the evidence of George Tuffin, chairman of the board of the plaintiff company, sold his tray under the name of "Starmail" (? "Starmaid"). Heeney's evidence was to the effect that the name "Contempo" was used by the first company which had imported the tray of this shape and design into Canada and that the name "Starmark" as applied to the tray has only been in use for five years or since the acquisition of Michaelson's company by the plaintiff.

Before dealing further with this first submission of the appellant, it will be helpful to set out the appellant's second point. This was stated at the outset and refers to the burden on a plaintiff in a passing-off action. Specifically, the question raised by the appellant is put in its factum this way:

Reputation associated with a get-up or distinguishing guise which is sufficient to support an action for passing-off has come to be called "secondary meaning". It is submitted that the specific issue before this Court is whether such a secondary meaning requires it to be shown that the relevant portion of the public recognize the get-up or distinguishing guise as the product of a particular manufacturer or whether it is sufficient that it be demonstrated that the get-up has a reputation or goodwill attaching to it, recognized by the consumer independent of its maker.

In amplification of this submission the appellant stated:

Specifically, it is unclear whether the reputation must be such that it identifies the source of the product or whether it is sufficient to show that the product has a reputation because of, and is distinguished by reason of, its get-up or distinguishing guise.

The appellant on this second ground takes exception to the conclusion reached by the learned trial judge:

If I were satisfied that the plaintiff's tray had by name or get-up acquired a secondary meaning in this province, so that that section of the public which is concerned with the matter would be misled as to the origin of the defendants' tray, attributing it to the plaintiff, I would have no hesitation in finding against them.

[TRANSDUCTION] Avant 1973, Starmark Company of Canada Limited, la société de Michaelson, vendait son panier sous la marque «Starmail» (? «Starmaid»), suivant le témoignage de George Tuffin, le président du conseil d'administration de la société demanderesse. Selon le témoignage de Heeney, la première société qui a importé au Canada un panier de cette forme a utilisé la marque «Contempo», et la marque «Starmark» apposée sur le panier n'est utilisée que depuis cinq ans ou depuis que l'acquisition de la société de Michaelson par la demanderesse.

Avant d'examiner plus à fond ce premier argument de l'appelante, il convient d'énoncer son deuxième argument. Il a été exposé au début et se rapporte à la preuve que doit faire un demandeur dans une action en *passing-off*. Précisément, la question soulevée par l'appelante est exposée en ces termes dans son mémoire:

[TRANSDUCTION] On en est venu à désigner par «notoriété propre» la réputation associée à une présentation ou à une forme distinctive qui permet d'accueillir une action en *passing-off*. On soutient que la question précise dont est saisie cette Cour est de savoir si cette notoriété propre exige que l'on prouve que le public intéressé reconnaît le produit, de par sa présentation ou sa forme distinctive, comme étant celui d'un fabricant donné, ou s'il suffit de démontrer qu'une réputation et une clientèle sont liées à la présentation du produit, que le consommateur reconnaît indépendamment de son fabricant.

Pour renforcer cet argument, l'appelante a ajouté ce qui suit:

[TRANSDUCTION] Plus particulièrement, on ne sait pas clairement si la réputation doit être de nature à identifier la source du produit ou s'il suffit de démontrer que le produit a une réputation qui résulte de sa présentation ou de sa forme distinctive et que c'est par sa présentation ou sa forme particulière qu'il se distingue.

Dans ce deuxième moyen, l'appelante s'oppose à la conclusion tirée par le savant juge de première instance:

[TRANSDUCTION] Si j'étais convaincu que le panier de la demanderesse a acquis dans cette province, en raison de sa marque ou de sa présentation, une notoriété propre telle que le public intéressé ait été induit en erreur sur l'origine du panier des défenderesses en l'attribuant à la demanderesse, je n'hésiterais pas à statuer contre les défenderesses.

Similar objection is taken to the endorsement on the record by the Court of Appeal when dismissing the appeal:

We have not been persuaded that the trial judge erred in declining to find that the desk tray of the plaintiff had acquired in Ontario, a secondary meaning or secondary reputation so that purchasers in the market in which it sold associated the design, shape, configuration, or get-up of the plaintiff's tray as being the plaintiff's product. Without such a finding the plaintiff could not succeed in this action.

The character of the action of passing-off in the law of tort is succinctly described in Fleming, *The Law of Torts*, 4th ed., 1971, at p. 626:

Yet another form of misrepresentation concerning the plaintiff's business—unfair competition *par excellence*—is the tort of passing-off, 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.

(Adopted in *MacDonald et al. v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134 at p. 147.) By the fifth edition (1977) of this work this reference was subtly altered to read, at p. 700:

Yet another form of misrepresentation concerning the plaintiff's business—unfair competition *par excellence*—is the tort of passing-off. While it is injurious falsehood for a defendant to claim that your goods are his, it is passing-off for him to claim that his goods are yours.

The learned author continues, at pp. 701-02:

The scope of the tort has been increasingly expanded to reach practices of "unfair trading" far beyond the simple, old-fashioned passing-off, consisting of an actual sale of goods accompanied by a misrepresentation as to their origin, calculated to mislead the purchaser and divert business from the plaintiff to the defendant. Today, any misrepresentation for any business purpose as to the origin of goods or services which the defendant proposes to or does deal in or employs in the course of

L'appelante s'oppose de même à ce qu'a écrit la Cour d'appel quand elle a rejeté l'appel:

[TRADUCTION] On ne nous a pas convaincus que le juge de première instance a commis une erreur en refusant de conclure que le panier à courrier de la demanderesse avait acquis, en Ontario, une notoriété propre ou une réputation seconde telles que les acheteurs, sur le marché où il se vendait, ont associé le style, la forme, la configuration ou la présentation du panier de la demanderesse au produit de la demanderesse. En l'absence de conclusion en ce sens, l'action de la demanderesse ne pouvait être accueillie.

La nature de l'action en *passing-off* en droit délictuel est décrite brièvement dans l'ouvrage de Fleming, *The Law of Torts*, 4<sup>e</sup> éd., 1971, à la p. 626:

[TRADUCTION] Néanmoins, une autre forme de tromperie préjudiciable au commerce du demandeur, la concurrence déloyale par excellence, est le délit de *passing-off* qui diffère de la fausse déclaration préjudiciable en ce qu'il 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.

(Adopté dans l'arrêt *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134, à la p. 147.) Dans la cinquième édition (1977) de cet ouvrage, ce passage a été légèrement modifié et se lit comme suit, à la p. 700:

[TRADUCTION] Néanmoins, une autre forme de tromperie préjudiciable au commerce du demandeur, la concurrence déloyale par excellence, est le délit de *passing-off*. Alors qu'un défendeur qui prétend que vos marchandises viennent de lui commet une fausse déclaration préjudiciable, il se rend coupable de *passing-off* s'il prétend que ses marchandises viennent de vous.

Le savant auteur poursuit, aux pp. 701 et 702:

[TRADUCTION] La portée du délit s'est de plus en plus élargie de manière à comprendre les pratiques de «commerce déloyal» bien au-delà du simple et désuet *passing-off* qui est une vente réelle de marchandises accompagnée d'une indication trompeuse quant à leur origine, visant à induire en erreur l'acheteur et à détourner le commerce du demandeur vers le défendeur. De nos jours, toute tromperie préjudiciable à des fins commerciales quant à l'origine de marchandises ou de services, à

business, constitutes an actionable wrong.

As to the immediate issue here, some guidance is to be found in the comment by Russell L.J. in *Roche Products Ltd. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1973] R.P.C. 473 at p. 482:

Now, in this as in all other passing off cases the basic question is whether, directly or indirectly, the manner in which the goods of the defendant are presented to the relevant consumers is such as to convey to the minds of the latter the impression that they are the goods of the plaintiff. In an "appearance" or get-up case it is not enough simply to say that the former are very like the latter. It must be established that consumers have, by reason of the appearance of the goods of the plaintiff, come to regard them as having some one trade source or provenance, whether manufacturing or marketing, though it matters not that they have no idea at all of the identity of that trade source or provenance.

It is to be noted that in the first part of the observation of Russell L.J. there seems to be a requirement that the purchasing public be left with the impression that the goods of the defendant are the goods of the plaintiff. The next part of the paragraph makes it clear, however, that all that need be left in the mind of the purchaser is the idea that all of the pills (in that case), by reason of their shape, size and mode of marking, came from "one trade source". There is in that standard no need for the plaintiff to take the next and difficult step of showing that the customer must have known or believed that the only source of the product was the plaintiff. The *Roche* rule is but a refinement or detailed application of the general requirement for success in a passing-off action as pronounced by Cozens-Hardy M.R. in *J. B. Williams Company v. H. Bronnley & Co. Ltd.* (1909), 26 R.P.C. 765 at p. 771:

What is it necessary for a trader who is plaintiff in a passing-off action to establish? It seems to me that in the first place he must, in order to succeed, establish that he has selected a peculiar—a novel—design as a distinguishing feature of his goods, and that his goods are known in the market, and have acquired a reputa-

laquelle recourt ou se propose de recourir le défendeur dans le cours des affaires, constitue un délit pouvant entraîner des poursuites.

Quant à la question qui se pose directement en l'espèce, on peut se laisser guider jusqu'à un certain point par l'observation du lord juge Russell dans l'arrêt *Roche Products Ltd. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*, [1973] R.P.C. 473, à la p. 482:

[TRADUCTION] Or, ici comme dans toutes les autres affaires de *passing-off*, la question fondamentale est de savoir si, directement ou indirectement, la façon dont le défendeur présente ses marchandises aux consommateurs visés a pour effet de susciter dans leur esprit l'impression qu'il s'agit des marchandises du demandeur. Dans une affaire de présentation, il ne suffit pas de dire tout simplement que les marchandises du défendeur ressemblent beaucoup à celles du demandeur. Il faut établir que les consommateurs, en raison de la présentation des marchandises du demandeur, en sont venus à les considérer comme ayant une source ou origine commerciale unique, que ce soit sur le plan de la fabrication ou sur celui de la mise en marché, peu importe qu'ils en connaissent ou pas le nom.

Il faut remarquer que dans la première partie de l'observation du lord juge Russell, il semble nécessaire que le public acheteur ait l'impression que les marchandises du défendeur sont les marchandises du demandeur. La deuxième partie de l'alinéa établit clairement, toutefois, qu'il est tout simplement nécessaire que l'acheteur croie que tous les comprimés (dans cette affaire-là), en raison de leur forme, de leur taille et du genre de marque, ont une «origine commerciale unique». Selon cette norme, il n'est pas nécessaire que le demandeur passe à l'étape suivante et difficile qui consiste à établir que le consommateur doit avoir su ou cru que le demandeur était le seul fabricant de ce produit. La règle de l'arrêt *Roche* n'est qu'un raffinement ou une application détaillée de la condition générale nécessaire au succès d'une action en *passing-off*, énoncée par le maître des rôles Cozens-Hardy dans l'arrêt *J.B. Williams Company v. H. Bronnley & Co. Ltd.* (1909), 26 R.P.C. 765, à la p. 771:

[TRADUCTION] Que doit établir un commerçant agissant à titre de demandeur dans une action en *passing-off*? Il me semble que pour avoir gain de cause, il doit tout d'abord établir qu'il a choisi une conception nouvelle et originale telle qu'elle confère un caractère distinctif à ses marchandises, que celles-ci sont connues sur



tion in the market, by reason of that distinguishing feature, and that unless he establishes that, the very foundation of his case fails.

(Cited with approval by Hall J. in *Parke, Davis & Company v. Empire Laboratories Limited*, [1964] S.C.R. 351 at p. 358.)

More precise to our issue are the words of Lord Herschell in *Birmingham Vinegar Brewery Company v. Powell*, [1897] A.C. 710 at p. 715:

I think that the fallacy of the appellants' argument rests on this: that it is assumed that one trader cannot be passing off his goods as the manufacture of another unless it be shewn that the persons purchasing the goods know of the manufacturer by name, and have in their mind when they purchase the goods that they are made by a particular individual. It seems to me that one man may quite well pass off his goods as the goods of another if he passes them off to people who will accept them as the manufacture of another, though they do not know that other by name at all.

Lord Gorell spoke to the same effect in *William Edge & Sons, Limited v. William Niccolls & Sons, Limited*, [1911] A.C. 693 at p. 705:

It is not necessary, in my opinion, for the plaintiffs to prove that the ultimate purchasers, who are likely to be misled, know the name of the plaintiffs' firm. Buyers of the plaintiffs' goods, without any label at all, might, if they bought the defendants' goods and noticed the label, still think, having regard to the appearance of the goods, that they were goods which had been long on the market, and that the name of the manufacturer was now disclosed to those who did not previously know it.

That there may be cases where the distinctive presentation of the product will stamp it in the minds of the intended public as being that of the specific supplier, there is no doubt. *John Haig and Company Limited v. Forth Blending Company Limited and W.R. Paterson Limited* (1953), 70 R.P.C. 259. That is not to say that where the actual activity of the single or common source is

le marché, où elles ont acquis une réputation en raison justement de ce caractère distinctif, et que s'il ne peut réussir à prouver cela, les bases mêmes de son action sont absentes.

<sup>a</sup> (Citée et approuvée par le juge Hall dans l'arrêt *Parke, Davis & Company c. Empire Laboratories Limited*, [1964] R.C.S. 351, à la p. 358.)

<sup>b</sup> Les mots suivants de lord Herschell dans l'arrêt *Birmingham Vinegar Brewery Company v. Powell*, [1897] A.C. 710, à la p. 715, portent de façon plus précise sur la question qui nous intéresse en l'espèce:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] Je crois que l'erreur dans l'argument de l'appelante repose sur ceci: on suppose qu'un commerçant ne peut faire passer ses produits pour ceux d'un autre à moins qu'on n'établisse que les personnes qui achètent les produits connaissent le nom du fabricant et que, lorsqu'ils achètent les produits, ils croient qu'ils sont fabriqués par une personne précise. Il me semble qu'une personne peut très bien faire passer ses produits pour ceux d'une autre personne si elle les vend à des gens qui les achètent en croyant qu'il s'agit des produits d'une autre personne, même s'ils ne connaissent pas le nom de cette autre personne.

<sup>f</sup> Lord Gorell s'est prononcé en ce sens dans l'arrêt *William Edge & Sons, Limited v. William Niccolls & Sons, Limited*, [1911] A.C. 693, à la p. 705:

<sup>g</sup> [TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire, à mon avis, que les demanderesse prouvent que les acheteurs ultimes, qui sont susceptibles d'être induits en erreur, connaissent le nom de la firme des demanderesse. Les personnes qui achètent les marchandises des demanderesse, qui ne portent aucune étiquette, pourraient, si elles ont acheté les marchandises des défenderesse et ont remarqué l'étiquette, toujours croire, compte tenu de la présentation des marchandises, qu'il s'agit de marchandises qui sont depuis longtemps sur le marché et que le nom du fabricant est maintenant divulgué à ceux qui ne le connaissaient pas auparavant.

<sup>i</sup> Il n'y a pas de doute qu'il peut y avoir des cas où la présentation distinctive d'un produit a pour effet de le graver dans l'esprit du public visé comme étant celui d'un fournisseur donné. *John Haig and Company Limited v. Forth Blending Company Limited and W.R. Paterson Limited* (1953), 70 R.P.C. 259. Cela ne veut pas dire que lorsque l'activité réelle de la source unique ou commune

not notorious, the proprietor of the original and unique product will fail. The fundamental requirement for success, however, must always be (whatever else may be required in each instance) something akin to the imitation of a “unique or distinctive dress” which is recognized by the buying public. In the words of the learned author of Fox, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3rd ed., 1972, at p. 552:

No trader, however honest his personal intentions, has a right to adopt and use so much of his rival's established get-up as will enable any dishonest trader or retailer into whose hands the goods may come to sell them as the goods of his rival.

The learned trial judge recited the general test for a successful action for the tort of passing-off relying on authorities which did not require the plaintiff to prove that the product which had acquired “a secondary meaning” was known by the purchasing public to be the goods of the plaintiff. The expression used in the trial judgment “. . . would be misled as to the origin of the defendants' tray” and the succeeding reference to the plaintiff (appellant) follow after a discussion of the evidence concerning the eminent position of the appellant in the market for interlocking trays. The judgment at trial then continues:

But I think the evidence is the other way and that the products of both are examples, if anything, of “Contempo” trays in the minds of those witnesses who were called to represent the public in this respect.

It is perhaps, unhappily, a close association between the two ideas, firstly of the misleading implication of the origin of the trays of the defendants-respondents, and the pre-eminent position of the plaintiff-appellant as the supplier of these trays in the market. Nonetheless, in my view, the learned trial judge has correctly expressed himself on the law and has not put upon the appellant a burden not required of a plaintiff in a passing-off action.

n'est pas bien connue, le propriétaire du produit original et unique n'aura pas gain de cause. Toutefois, la condition fondamentale pour réussir doit toujours être (quelles que soient les autres conditions qui peuvent être nécessaires dans chaque cas) un élément qui s'apparente à l'imitation d'un «vêtement unique ou distinctif» que les consommateurs reconnaissent. Selon le savant auteur de Fox, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition*, 3<sup>e</sup> éd., 1972, à la p. 552:

[TRADUCTION] Aucun commerçant, si honnêtes que soient ses propres intentions, n'a le droit d'adopter et d'utiliser la présentation bien établie de son compétiteur au point de permettre à un commerçant ou à un détaillant malhonnête qui peut se trouver en possession des marchandises, de les vendre comme étant les marchandises de son compétiteur.

Le savant juge de première instance a énoncé le critère général nécessaire à la réussite d'une action en *passing-off* en s'appuyant sur une jurisprudence qui n'impose pas au demandeur d'établir que le produit, qui a acquis «une notoriété propre» soit reconnu par le public acheteur comme étant le produit du demandeur. L'expression utilisée dans le jugement de première instance [TRADUCTION] «. . . ait été induit en erreur sur l'origine du panier des défenderesses» et la mention subséquente de la demanderesse (l'appelante) viennent à la suite d'un examen de la preuve concernant la place éminente qu'occupe l'appelante sur le marché des paniers superposables. On lit ensuite dans le jugement de première instance:

[TRADUCTION] Mais j'estime que la preuve va en sens contraire et que les produits des deux parties représentent, dans l'esprit des témoins cités pour traduire le point de vue du public à cet égard, des imitations tout au plus des paniers «Contempo».

Malheureusement, il s'agit peut-être d'une association étroite entre les deux idées, d'abord de l'incidence trompeuse de l'origine des paniers des défenderesses-intimées, puis de la position prééminente de la demanderesse-appelante en sa qualité de fournisseur de ces paniers sur le marché. Néanmoins, à mon avis, le savant juge de première instance a énoncé correctement la règle de droit applicable et n'a pas imposé à l'appelante une obligation qui n'est pas requise d'un demandeur dans une action en *passing-off*.

In this connection, the appellant has drawn the attention of this Court to the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Eldon Industries Inc. et al. v. Reliable Toy Co. Ltd. et al.*, [1966] 1 O.R. 409 where Schroeder J.A. stated at p. 419:

In order to succeed in this claim the plaintiffs must establish that the design of the Eldon truck had acquired in Ontario a "secondary meaning" signifying its source and identifying it as the plaintiff's product.

This excerpt must be read in the context of earlier language in the judgment, including the observation at p. 418—

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.

—referring in that connection to the decision of this Court in *Parke, Davis & Co.*, *supra*. On the facts of that case the failure of the claim was not due to the lack of proof of association of the plaintiff with the product or the lesser standard of proof of a common source. This issue was not addressed by the Court. Rather than being at variance with the law as already examined on the issue now before this Court, the *Eldon* case simply did not concern itself with that issue but rather with ss. 7 (a) to (e) of the *Trade Marks Act*, 1952-53 (Can.), c. 49; the *Copyright Act*, R.S.C. 1952, c. 55; breach of confidence and breach of an implied term in a contract. Indeed, the common law tort of passing-off is not discussed.

This brings us back to the first issue, namely the evidence concerning the alleged distinctiveness acquired by the tray marketed by the appellant. The trial judge reviewed the history of this type of tray and while there may be some lack of precision in articulating the origin and linear development of the product, this in my view was occasioned by the sketchy and incomplete oral evidence on this aspect of the issue. By his careful review of the testimony of the customers of the appellant and others associated at one level or another in the

A cet égard, l'appelante attire l'attention de cette Cour sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Eldon Industries Inc. et al. v. Reliable Toy Co. Ltd. et al.*, [1966] 1 O.R. 409, où le juge Schroeder affirme, à la p. 419:

[TRADUCTION] Pour avoir gain de cause, les demandereses doivent établir que le modèle du camion Eldon a acquis en Ontario une «notoriété propre» qui en indique l'origine et l'identifie comme étant le produit de l'appelante.

Il faut lire cet extrait dans le contexte de ce qui précède dans l'arrêt, y compris de l'observation suivante, à la p. 418—

[TRADUCTION] 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 n'établisse que la marque ou la présentation est connue par le public comme ayant une origine particulière.

—on parlait alors de la décision de cette Cour dans l'arrêt *Parke, Davis & Co.*, précité. Dans cette affaire, le rejet de la réclamation n'était pas dû au défaut d'établir une corrélation entre la demanderesse et le produit ni au critère moins strict de la preuve d'une origine commune. La Cour n'a pas examiné cette question. L'arrêt *Eldon* ne contredit pas la règle de droit que cette Cour a déjà examinée relativement à la question qui lui est soumise: il ne s'est tout simplement pas intéressé à cette question mais plutôt aux al. 7(a) à 7(e) de la *Loi sur les marques de commerce*, 1952-53 (Can.), chap. 49, à la *Loi sur le droit d'auteur*, S.R.C. 1952, chap. 55, à l'abus de confiance et à la violation d'une condition implicite d'un contrat. En fait, on n'a pas examiné le délit de *passing-off* reconnu en *common law*.

Cela nous ramène à la première question, savoir la preuve concernant le caractère distinctif qu'aurait acquis le panier que vend l'appelante. Le juge de première instance a passé en revue l'historique de ce type de panier et, bien qu'il y ait une certaine imprécision dans l'énoncé de l'origine et de l'évolution du produit, cela tient à mon avis des témoignages imprécis et incomplets sur cet aspect de la question. Par son examen attentif du témoignage des clients de l'appelante et d'autres témoins intervenant à un degré ou à un autre sur le marché, il

market, it is clear that the trial judge took full advantage of his opportunity in trial to assess the conflicting evidence. Indeed, the trial judge, at several points in the trial, was required to press for clarification by the witnesses of their evidence relating to the marketing of the several trays produced here and in the United States. In the end the trial judge concluded, and rightly if I may say so, that all these stacking trays had a common origin in the aforementioned American manufacturer, that nothing had been adapted or created by any of the suppliers, including the appellant, which made any of these trays distinctive, and consequently no secondary meaning had been acquired by the product of the appellant in the market. Hughes J. concluded his assessment of the claims of the appellant:

In its unprotected state and without name or get-up having acquired a secondary meaning, it is fair game for any competitor . . .

This finding of fact of lack of the acquisition of secondary meaning is concurrently found in the Court of Appeal, and this Court would not, save on the existence of some special circumstance or unusual element, disturb such a concurrent finding.

Complaint is raised by the appellant of what might be said to be an inferred or added requirement imposed by the trial judge upon the appellant in order to establish the prerequisite secondary meaning upon which an action for passing-off may be founded, namely that either by name or get-up used in the marketing of its trays by the appellant, such a secondary meaning in the province had been established. These references to name no doubt sprang from the rather complex origin of these trays in the first instance and the changing names under which they have been marketed, first by the American manufacturer and then by the predecessors of the appellant and finally by the appellant itself. It is true that the learned trial judge does make reference to "name or get-up" in the same context or phraseology in the course of his reasons for judgment. However, in what might be termed the operative parts of those reasons there does not appear to be, in my view, anything

est évident que le juge de première instance a profité au maximum de l'occasion que lui offrait le procès d'évaluer la preuve contradictoire. En effet, à plusieurs reprises au cours du procès, le juge de première instance a dû exiger que les témoins précisent leurs témoignages concernant la commercialisation des divers paniers produits ici et aux États-Unis. A la fin, le juge de première instance a conclu, avec raison si je puis m'exprimer ainsi, que tous ces paniers superposables avaient comme origine commune le fabricant américain déjà mentionné, qu'aucun des fournisseurs, y compris l'appelante, n'a remanié ou créé quoi que ce soit qui ait conféré un caractère distinctif à ces paniers et que, par conséquent, le produit de l'appelante n'a acquis aucune notoriété propre sur le marché. Le juge Hughes conclut son examen des réclamations de l'appelante en ces termes:

[TRADUCTION] En l'absence de protection et d'une marque ou d'une présentation qui a acquis une notoriété propre, elle est la proie de la compétition . . .

La Cour d'appel a également conclu à l'absence d'acquisition d'une notoriété propre, et cette Cour n'a pas à modifier cette conclusion concordante à moins d'être en présence d'une circonstance particulière ou d'un facteur exceptionnel.

L'appelante se plaint de ce qu'on pourrait appeler une condition implicite ou supplémentaire que lui a imposée le juge de première instance en vue d'établir la notoriété propre préalable sur laquelle peut se fonder une action en *passing-off*, savoir que les paniers avaient acquis cette notoriété propre dans la province par la marque ou la présentation dont l'appelante se sert pour les commercialiser. Il est évident que ces mentions de la marque découlent en premier lieu de l'origine plutôt complexe de ces paniers et des différentes marques sous lesquelles ils ont été commercialisés d'abord par le fabricant américain, ensuite par les prédécesseurs de l'appelante et enfin par l'appelante elle-même. Il est vrai que dans ses motifs, le savant juge de première instance mentionne «la marque ou la présentation» dans le même contexte ou de la même manière. Toutefois, dans ce qu'on pourrait appeler le dispositif du jugement, il semble n'y avoir à mon avis rien qui s'apparente à

approaching a fatal imposition of such an element on the applicable tests to determine whether or not a secondary meaning has indeed been established by the appellant in connection with its trays.

The Court of Appeal, in its short judgment already set out, appears to have repeated the phrase used at trial to which objection has been taken by the appellant, and with which I have already dealt. The reference in the Court of Appeal judgment must be read as part of a cryptic summary of the trial judgment, the essential part being a concurring conclusion that the appellant had failed to establish the fundamental prerequisite, that a "secondary meaning or secondary reputation had been acquired by the product of the appellant".

The claim of the appellant originally sounded in both tort and statute (s. 7(b) of the *Trade Marks Act, supra*). I adopt the view of the learned trial judge:

Since the plaintiff is content to alternate between the common law tort and the provisions of s. 7(b) I must decline the defendants' invitation to embark on an inquiry as to whether it should likewise be declared unconstitutional.

In this Court no issue as to constitutionality arose and the argument was confined to the action of passing-off as it exists in the common law.

For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Fraser & Beatty, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Mitchell Plastics Limited: McKay, Kirvan, Guy, Kitchener.*

*Solicitors for the respondents Korr Marketing Limited, Pirie-McKie Limited and Pirham Manufacturing Inc.: Weir & Foulds, Toronto.*

l'incorporation inévitable de cette condition aux critères applicables pour décider si l'appelante a prouvé l'existence d'une notoriété propre relativement à ses paniers.

<sup>a</sup> Dans son bref arrêt déjà cité, la Cour d'appel semble avoir repris la phrase utilisée en première instance, que j'ai déjà examinée et à laquelle s'est opposée l'appelante. La mention de cette phrase dans le jugement de la Cour d'appel se situe dans un résumé sibyllin du jugement de première instance, dont la partie essentielle est une conclusion concordante que l'appelante n'a pas établi la condition préalable fondamentale, savoir que «le produit de l'appelante a acquis une notoriété propre ou une réputation seconde».

<sup>d</sup> A l'origine, la réclamation de l'appelante se fondait à la fois sur un délit et sur un texte de loi (l'al. 7b) de la *Loi sur les marques de commerce, précitée*. Je souscris à l'opinion du savant juge de première instance:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Puisque la demanderesse se contente d'invoquer tour à tour le délit de *common law* et les dispositions de l'al. 7b), je dois décliner l'invitation des défenderesses à examiner s'il y a lieu de le déclarer inconstitutionnel.

<sup>f</sup> La question de la constitutionnalité ne s'est pas posée en cette Cour et l'argumentation n'a porté que sur l'action en *passing-off* qui existe en *common law*.

<sup>g</sup> Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

<sup>h</sup> *Procureurs de l'appelante: Fraser & Beatty, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Mitchell Plastics Limited: McKay, Kirvan, Guy, Kitchener.*

<sup>i</sup> *Procureurs des intimées Korr Marketing Limited, Pirie-McKie Limited et Pirham Manufacturing Inc.: Weir & Foulds, Toronto.*

**Raymond Cardinal, Chief, and Edward Morin, Charles Cowan, Romeo Morin, Alex Peacock and Alphonse Thomas, Counsellors of the Enoch Band of the Stony Plain Indians, for themselves and on behalf of the Indians of the Enoch Band of the Stony Plain Indian Reserve No. 135; and The Enoch Band of the Stony Plain Indians Reserve No. 135**  
*Appellants;*

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16020.

1981: March 31 and April 1; 1982: April 5.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Interpretation — Indian Act — Degree of assent required for valid surrender of Indian lands — Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81, s. 49(1), (2), (3), (4).*

*Indians — Surrender of Indian lands — Consent required.*

In 1908, a meeting was held of the male members of the Enoch Band of Indians to determine whether or not to surrender certain Indian lands. A majority of the male members of the band eligible to vote attended the meeting, and a majority of those present and voting favoured the surrender. The members assenting did not, however, represent a majority of all male members of the band who were eligible to vote. Subsection (1) of s. 49 of the *Indian Act* provides that: "No surrender of . . . a portion of a reserve . . . shall be valid or binding, unless the release or surrender shall be assented to by a majority of the male members of the band of the full age of twenty-one years, at a meeting or council thereof summoned for that purpose . . ." Both the Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal held that the surrender was valid and in conformity with this provision.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The plain meaning of s. 49(1) as applied to the facts of this appeal is that a majority vote by those present at a meeting attended by a majority of the male members of the band of the full age of twenty-one is sufficient to

**Raymond Cardinal, chef, et Edward Morin, Charles Cowan, Romeo Morin, Alex Peacock et Alphonse Thomas, conseillers de la bande Enoch des Indiens de Stony Plain, pour leur propre compte et pour celui de la bande indienne Enoch de la réserve n° 135 des Indiens de Stony Plain, et la bande Enoch de la réserve n° 135 des Indiens de Stony Plain**  
*Appellants;*

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16020.

c

1981: 31 mars et 1<sup>er</sup> avril; 1982: 5 avril.

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

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Interprétation — Loi des sauvages — Ratification nécessaire à la cession valide de terres indiennes — Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81, art. 49(1), (2), (3), (4).*

*Indiens — Cession de terres indiennes — Ratification nécessaire.*

En 1908, il y a eu assemblée des hommes de la bande indienne Enoch pour déterminer s'il y avait lieu de céder certaines terres indiennes. La majorité des hommes de la bande qui avaient droit de vote ont assisté à l'assemblée et la majorité de ceux qui étaient présents à l'assemblée et qui ont voté s'est prononcée en faveur de la cession. Les membres qui ont ainsi donné leur consentement ne représentaient pas toutefois la majorité de tous les hommes de la bande ayant droit de vote. Le paragraphe (1) de l'art. 49 de la *Loi des sauvages* prescrit que « . . . nulle cession . . . d'une partie de réserve . . . n'est valide ni obligatoire, à moins que la cession ou l'abandon ne soit ratifié par la majorité des hommes de la bande qui ont atteint l'âge de vingt et un ans révolus, à une assemblée ou à un conseil convoqué à cette fin . . . » La Cour fédérale, Division de première instance, et la Cour d'appel fédérale ont toutes deux statué que la cession était valide et conforme à ces dispositions.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Dans la mesure où il s'applique aux faits du présent pourvoi, le par. 49(1) signifie clairement que le vote majoritaire de ceux présents à une assemblée à laquelle assiste la majorité des hommes de la bande âgés de vingt

produce a valid consent to the surrender of Indian Lands. The words of s. 49(1) being clear and unambiguous, there is no need to invoke any mechanism of interpretation which might bring about a restrictive or unnatural interpretation. In light of the precautions built into the procedure of the *Indian Act* dealing with surrender, this natural interpretation cannot be said to expose the membership of the band to the risk of loss of property and other rights contrary to the general pattern and spirit of the Act.

*The Mayor, Constables, and Company of Merchants of the Staple of England v. The Governor and Company of the Bank of England* (1887), 21 Q.B.D. 160; *Glass Bottle Blowers' Association of the United States and Canada v. Dominion Glass Company Limited*, [1943] O.W.N. 652; *Itter v. Howe* (1896), 23 O.A.R. 256, referred to; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King*, [1950] S.C.R. 211, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1980] 2 F.C. 400; (1980), 109 D.L.R. (3d) 366 dismissing an appeal from a judgment of Mahoney J. Appeal dismissed.

*B. G. Nemetz*, for the appellants.

*L. P. Chambers, Q.C.*, and *Duff Friesen*, for the respondent.

*Ian Scott, Q.C.*, and *Alain Dubuc*, for the intervenor Federation of Saskatchewan Indians.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—On May 13, 1908 a meeting was held of the male members of the Enoch Band of Indians of Alberta to determine whether or not to surrender certain Indian lands. A majority of those present at the meeting and who voted cast their vote in favour of the surrender but the number so giving their assent did not represent a majority of all male members of the Enoch Band at the time. The immediately relevant part of the *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, is s. 49(1) which provides as follows:

49. Except as in this Part otherwise provided, no release or surrender of a reserve, or a portion of a reserve, held for the use of the Indians of any band, or of

et un ans révolus présents à une assemblée est suffisante pour produire une ratification valide de la cession de terres indiennes. Les termes du par. 49(1) étant clairs et précis, il n'est pas nécessaire de faire appel à un mécanisme d'interprétation qui pourrait en restreindre ou dénaturer le sens. Compte tenu des mesures de précaution intégrées à la procédure de cession établie par la *Loi des sauvages*, on ne peut affirmer que cette interprétation normale expose les membres de la bande au risque de perdre des biens et d'autres droits, contrairement à l'objet et à l'esprit général de la Loi.

Jurisprudence: arrêts mentionnés: *The Mayor, Constables, and Company of Merchants of the Staple of England v. The Governor and Company of the Bank of England* (1887), 21 Q.B.D. 160; *Glass Bottle Blowers' Association of the United States and Canada v. Dominion Glass Company Limited*, [1943] O.W.N. 652; *Itter v. Howe* (1896), 23 O.A.R. 256; distinction faite avec l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited c. Le Roi*, [1950] R.C.S. 211.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1980] 2 C.F. 400; (1980), 109 D.L.R. (3d) 366, qui rejette un appel de la décision du juge Mahoney. Pourvoi rejeté.

*B. G. Nemetz*, pour les appelants.

*L. P. Chambers, c.r.*, et *Duff Friesen*, pour l'intimée.

*Ian Scott, c.r.*, et *Alain Dubuc*, pour l'intervenante la Fédération des Indiens de la Saskatchewan.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Le 13 mai 1908, il y a eu assemblée des hommes de la bande Enoch des Indiens de l'Alberta pour déterminer s'il y avait lieu de céder certaines terres indiennes. La majorité de ceux qui étaient présents à l'assemblée et qui ont voté, s'est prononcée en faveur de la cession, mais le nombre de ceux qui ont ainsi donné leur consentement ne représentait pas la majorité de tous les hommes de la bande Enoch à cette époque. La partie pertinente de la *Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, chap. 81, est le par. 49(1) qui se lit comme suit:

49. Sauf les restrictions autrement établies par la présente Partie, nul abandon d'une réserve ou d'une partie de réserve à l'usage d'une bande,

any individual Indian, shall be valid or binding, unless the release or surrender shall be assented to by a majority of the male members of the band of the full age of twenty-one years, at a meeting or council thereof summoned for that purpose, according to the rules of the band, and held in the presence of the Superintendent General, or of an officer duly authorized to attend such council, by the Governor in Council or by the Superintendent General.

2. No Indian shall be entitled to vote or be present at such council, unless he habitually resides on or near, and is interested in the reserve in question.

3. The fact that such release or surrender has been assented to by the band at such council or meeting shall be certified on oath by the Superintendent General, or by the officer authorized by him to attend such council or meeting, and by some of the chiefs or principal men present thereat and entitled to vote, before some judge of a superior, county or district court, stipendiary magistrate or justice of the peace, or, in the case of reserves in the province of Manitoba, Saskatchewan or Alberta, or the Territories, before the Indian commissioner, and in the case of reserves in British Columbia, before the visiting Indian Superintendent for British Columbia, or, in either case, before some other person or officer specially thereunto authorized by the Governor in Council.

4. When such assent has been so certified, as aforesaid, such release or surrender shall be submitted to the Governor in Council for acceptance or refusal.

On motion by the Crown the Federal Court of Appeal, operating presumably under Rule 474 of the *Federal Court Rules*, directed the determination of a question of law here relating to the meaning of s. 49, *supra*. Initially, two questions were put forward for disposition by way of a stated case. These questions were answered by Mahoney J. of the trial division but on appeal only the answer with respect to the first question was taken forward to the Federal Court of Appeal. That question is as follows:

1. whether the surrender of the 13th of May 1908 by the Enoch Band was invalid on the ground, whilst those persons who in the record of poll are listed as being in favour of the surrender, constituted a majority of those persons who are known to have voted, nevertheless they did not constitute a majority of the male members of the Enoch Band of the full age of twenty-one years according to subsection 1 of section 49 of the Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81.

ou de tout sauvage individuel, n'est valide ni obligatoire, à moins que la cession ou l'abandon ne soit ratifié par la majorité des hommes de la bande qui ont atteint l'âge de vingt et un ans révolus, à une assemblée ou à un conseil convoqué à cette fin conformément aux usages de la bande, et tenu en présence du surintendant général, ou d'un fonctionnaire régulièrement autorisé par le gouverneur en conseil ou par le surintendant général à y assister.

2. Nul sauvage ne peut voter ni assister à ce conseil s'il ne réside habituellement sur la réserve en question ou près de cette réserve, et s'il n'y a un intérêt.

3. Le fait que la cession ou l'abandon a été consenti par la bande à ce conseil ou assemblée doit être attesté sous serment, par le surintendant général ou par le fonctionnaire autorisé par lui à assister à ce conseil ou assemblée, et par l'un des chefs ou des anciens qui y a assisté et y a droit de vote, devant un juge d'une cour supérieure, cour de comté ou de district, ou devant un magistrat stipendiaire ou un juge de paix, ou, dans le cas de réserves dans les provinces du Manitoba, de la Saskatchewan ou d'Alberta ou dans les territoires, devant le commissaire des sauvages, et dans le cas de réserves dans la Colombie-Britannique, devant le surintendant visiteur des sauvages de la Colombie-Britannique, ou, dans l'un ou dans l'autre cas, devant quelque autre personne ou employé à ce spécialement autorisé par le gouverneur en conseil.

4. Après que ce consentement a été ainsi attesté, la cession ou l'abandon est soumis au gouverneur en conseil, pour qu'il l'accepte ou le refuse.

Sur requête de Sa Majesté, la Cour d'appel fédérale, agissant vraisemblablement en vertu de la règle 474 des *Règles de la Cour fédérale*, a ordonné que soit tranchée en l'espèce une question de droit relative au sens de l'art. 49, précité. A l'origine, deux questions avaient été soumises par voie d'exposé de cause. Le juge Mahoney, de la Division de première instance, a répondu à ces questions, mais seule la réponse à la première question a fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel fédérale. Cette question est la suivante:

[TRADUCTION] 1. La cession du 13 mai 1908 par la bande Enoch était-elle nulle alors que les personnes inscrites sur la liste électorale comme étant en faveur de la cession, tout en représentant la majorité des personnes réputées avoir voté, ne représentaient pas la majorité des hommes de la bande Enoch ayant atteint l'âge de vingt et un ans révolus conformément au paragraphe 49(1) de la Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81?



Prior to the trial of this issue the parties filed an agreed statement of fact, the essential part of which is as follows:

3. For the purpose of such trial the parties agree on the following facts:

- (a) As of May 8, 1908, there were between 30 and 33 male members of the Enoch band of Indians of the full age of 21 years and who were entitled to vote on the surrender of lands forming part of their reserve, within the meaning of section 49(1) of the Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81.
- (b) The number of male members of the Enoch band of Indians of the full age of 21 years who either assented to the surrender of the subject lands or who were recorded as being in opposition thereto was 26.
- (c) The number of male members of the Enoch band of Indians of the full age of 21 years who assented to the said surrender on May 13, 1908 and who were so entitled to vote pursuant to section 49(1) of the Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81, were 14 in number.
- (d) There was executed subsequent to such vote an affidavit by one principal man of the Enoch band of Indians attesting to the surrender, pursuant to section 49(1) of the Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81 . . .

4. The parties are not in agreement that there was in fact a meeting of the male members of the Enoch band of Indians of the full age of 21 years on May 13, 1908, summoned for the purpose of voting on the said surrender, and that such vote was taken thereat, within the meaning of section 49(1) of the *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81.

5. However, the parties seek the Court's determination of the said questions on the assumption that there was such a meeting and that such a vote was taken thereat.

Section 49(1) may be capable of at least five interpretations (assuming always a validly called meeting regularly held).

1. A majority of all eligible voters in the band must attend a meeting and that same absolute majority must assent to the surrender.

Avant l'audition de cette question, les parties ont déposé un exposé conjoint des faits, dont la partie essentielle se lit comme suit:

[TRADUCTION] 3. Aux fins de cette instruction, les parties conviennent des faits suivants:

- a) Le 8 mai 1908, la bande indienne Enoch comptait de 30 à 33 hommes âgés de 21 ans révolus et habilités à voter sur la cession de terrains faisant partie de la réserve, conformément à l'article 49(1) de la Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81.
- b) Vingt-six hommes de la bande indienne Enoch, âgés de 21 ans révolus, ont soit consenti à la cession des terrains en cause, soit été inscrits comme s'y opposant.
- c) Quatorze hommes de la bande indienne Enoch, âgés de 21 ans révolus et habilités à voter conformément à l'article 49(1) de la Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81, ont consenti à la cession du 13 mai 1908.
- d) A l'issue du vote, un affidavit faisant foi de la cession fut dressé par un ancien de la bande indienne Enoch, conformément à l'article 49(1) de la Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81 . . .

4. Les parties sont en désaccord sur la question de savoir s'il y a eu réellement le 13 mai 1908 une assemblée des hommes de la bande des Indiens Enoch âgés de 21 ans révolus, convoquée pour voter sur ladite cession, et si le vote a eu lieu effectivement au cours de cette assemblée, conformément à l'article 49(1) de la Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81.

5. Toutefois, les parties demandent qu'il plaise à la Cour de se prononcer sur ces questions en présumant que cette assemblée et ce vote ont effectivement eu lieu.

Le paragraphe (1) de l'art. 49 peut s'interpréter d'au moins cinq façons (toujours en présumant qu'une assemblée a été régulièrement convoquée et tenue).

1. La majorité de toutes les personnes qui ont droit de vote dans la bande doit assister à une assemblée et cette même majorité absolue doit ratifier la cession.

2. A majority of all eligible voters in the band must attend a meeting and a majority of those present must assent to the surrender.
3. A majority of all eligible voters in the band must attend a meeting and a majority of those present and voting must assent to the surrender.
4. A simple majority of eligible voters who attend the meeting assent to the surrender.
5. A simple majority of all eligible voters who attend and vote must vote in favour of the surrender.

The foregoing terminology assumes that the reference in the subsection to "assented to" refers to an affirmative vote by the band members on the proposed surrender. It should be noted at the outset that what is now s. 21(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, authorizing action by a majority when an act or thing is required to be done by more than two persons, was not in the *Interpretation Act* in 1906.

The learned trial judge found that the surrender in 1908 was valid stating:

A majority of their number attended the meeting or council of May 13, 1908. That was clearly a quorum; perhaps fewer than a majority would also have been but I do not have to decide that. A majority of that quorum approved the surrender. The act of that majority was the act of the band.

In reaching this conclusion the trial judge applied the common law rule with respect to unincorporated bodies comprising an indefinite number of persons, namely that "those who actually voted were held to be the necessary quorum and the act of the required majority of those was the act of the body". However, as will be seen from the excerpt above, the effect of the decision of the learned trial judge was that a majority of the eligible voters must attend the meeting as this constitutes a

2. La majorité de toutes les personnes qui ont droit de vote dans la bande doit assister à une assemblée et la majorité de ceux qui y sont présents doit ratifier la cession.
3. La majorité de toutes les personnes qui ont droit de vote dans la bande doit assister à une assemblée et la majorité de ceux qui y sont présents et qui y votent doit ratifier la cession.
4. Une majorité simple des personnes qui ont droit de vote et qui assistent à l'assemblée ratifie la cession.
5. Une majorité simple de toutes les personnes qui ont droit de vote, qui assistent à l'assemblée et qui exercent leur droit de vote doit voter en faveur de la cession.

La terminologie qui précède suppose que la mention, dans le paragraphe, du mot «ratifié» sous-entend un vote affirmatif de la part des membres de la bande sur la cession projetée. Il y a lieu d'abord de noter que la *Loi d'interprétation* en 1906 ne comportait pas la disposition que l'on trouve actuellement au par. 21(1) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, qui permet à une majorité d'accomplir un acte ou une chose lorsque cet acte ou cette chose doivent être accomplis par plus de deux personnes.

Le savant juge de première instance a conclu que la cession de 1908 était valide en affirmant ce qui suit:

Une majorité de ces personnes était présente à l'assemblée ou au conseil convoqué le 13 mai 1908. Il est donc clair qu'il y avait quorum; il est possible que le quorum aurait pu être constitué par un nombre moindre de personnes que la majorité d'entre elles, mais je n'ai pas à trancher cette question. Une majorité de ce quorum a donné son accord à la cession. La décision de cette majorité était celle de la bande.

En tirant cette conclusion, le juge de première instance a appliqué la règle de *common law* relative aux organismes non juridiquement constitués, composés d'un nombre indéterminé de personnes, savoir que «les votants sont réputés constituer le quorum nécessaire et la décision de la majorité de ces derniers est réputée la décision de l'organisme». Toutefois, comme l'indique l'extrait qui précède, la décision du savant juge de première instance a été que la majorité des personnes qui avaient droit de

quorum and that a majority of that quorum approved the surrender. Mahoney J. expressly refrained from deciding the question as to the effectiveness of a meeting attended by "fewer than a majority".

The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal confirming Mahoney J. in the result and in doing so specified a requirement of only a simple majority of eligible voters who attended the meeting. Urie J. interpreted s. 49(1) as requiring that a majority of all eligible voters be present at a meeting of the band called to consider a surrender of part or all of the reserve. To determine the portion of that majority present at the meeting required to assent to a surrender, he then turned to the common law requirements for unincorporated associates or groups. This led to the adoption of the standard of a majority vote of the eligible voters present at a meeting called for the purpose of assenting to a surrender. No distinction was made by the majority of the Court of Appeal as between a majority of members present or a majority of those voting at a meeting called for these purposes, perhaps because on the facts here it is unnecessary to do so.

Heald J. dissented, holding that the assent of a majority of all male members of the band over twenty-one was required, such assent to be given at a meeting called for that purpose. His Lordship, in construing s. 49 which is found in Part I of the Act, called in aid some provisions found in Part II of the Act dealing with advanced or special bands where somewhat analogous language is found in provisions extending a measure of self-government.

As will be seen from the agreed statement of facts set out above the parties are not in agreement that there was in fact a meeting of eligible voting members of the Enoch Band held on May 13, 1908 for the purpose of voting on a surrender of the lands in question. The courts below were, however, asked in the agreed statement to respond to the

vote devait assister à l'assemblée puisque c'est ce qui constitue le quorum et que la majorité de ce quorum a approuvé la cession. Le juge Mahoney a délibérément évité de statuer sur la question de la valeur d'une assemblée à laquelle assiste «un nombre moindre de personnes que la majorité d'entre elles».

La Cour d'appel a, à la majorité, rejeté l'appel et confirmé le jugement du juge Mahoney et ce faisant, elle a précisé que seule était requise une majorité simple des personnes qui avaient droit de vote et qui ont assisté à l'assemblée. Suivant l'interprétation du juge Urie, le par. 49(1) exige que la majorité de toutes les personnes qui ont droit de vote soit présente à une assemblée de la bande convoquée pour se prononcer sur la cession d'une partie ou de la totalité de la réserve. Pour déterminer quelle proportion de cette majorité présente à l'assemblée devait consentir à une cession, il a fait appel aux règles de *common law* applicables aux organismes ou groupes non juridiquement constitués. Cela a amené l'adoption du critère du vote majoritaire des personnes ayant droit de vote présentes à une assemblée convoquée pour ratifier une cession. La Cour d'appel, à la majorité, n'a fait aucune distinction entre la majorité des membres présents et la majorité des votants à une assemblée convoquée à cette fin, peut-être parce qu'il n'était pas nécessaire de le faire en l'espèce.

Le juge Heald, dissident, a conclu qu'il était nécessaire d'obtenir le consentement de la majorité de tous les hommes de la bande âgés de vingt et un ans révolus, et que ce consentement devait être donné à une assemblée convoquée à cette fin. En interprétant l'art. 49 qui se situe dans la Partie I de la Loi, le savant juge a fait appel à certains articles de la Partie II de la Loi qui porte sur l'avancement des bandes ou les bandes spéciales, où l'on emploie des termes identiques dans les dispositions qui confèrent une certaine autonomie.

Comme le révèle l'exposé conjoint des faits, précité, les parties sont en désaccord sur la question de savoir s'il y a eu réellement le 13 mai 1908 une assemblée des membres de la bande Enoch ayant droit de vote, convoquée pour voter sur la cession des terres en question. On a cependant demandé aux cours d'instance inférieure, dans

questions put "on the assumption that there was such a meeting and that such a vote was taken thereat". On that basis this Court has no alternative but to proceed in the same manner as the trial and appellate divisions of the Federal Court. On the basis of the agreed statement, the vote in approval of the surrender proposed to the meeting was fourteen to twelve and there is no indication that more than twenty-six eligible voters were present at the meeting. It is also clear that twenty-six eligible voters represent a majority of all male members of the Enoch Band of the full age of twenty-one years at the date of the meeting. Attached to the agreed statement and incorporated therein by reference is an affidavit taken before a Justice of the Peace by one J.A. Markle of Gleichen, Alberta, apparently a representative of the Government of Canada and Joseph Hand, a "Principal Man of the said Band of Indians". The affidavit states in part:

And the said Joseph Hand says:

That the annexed Release or Surrender was assented to by him and a majority of the male members of the said Band of Indians of the full age of twenty-one years then present.

That such assent was given at a meeting or council of the said Band of Indians summoned for that purpose, according to its Rules, and held in the presence of the said

. . .

Earlier in the affidavit a similar statement is sworn to by J.A. Markle. As will be seen, the statement as to the majority of the male members present is ambiguous. It can be read either as referring to a majority of the male members of the band which majority was present at the meeting, or as meaning a majority of those male members who were in fact present at the meeting. It matters not on the facts here, however, because it is clear a majority of all eligible voters was present and a majority of those present voted in favour of the surrender.

l'exposé conjoint, de répondre aux questions posées «en présumant que cette assemblée et ce vote ont effectivement eu lieu». Pour ce motif, cette Cour n'a d'autre choix que de procéder de la même manière que la Division de première instance et la Division d'appel de la Cour fédérale. Selon l'exposé conjoint, le résultat du scrutin sur la ratification de la cession proposée à l'assemblée a été de quatorze en faveur et de douze contre et rien n'indique que plus de vingt-six membres ayant droit de vote ont assisté à l'assemblée. Il est également clair que vingt-six votants constituent la majorité de tous les hommes de la bande Enoch âgés de vingt et un ans révolus au moment de l'assemblée. Annexée à l'exposé conjoint et incorporée à l'exposé par renvoi, il y a une déclaration faite sous serment devant un juge de paix par un certain J.A. Markle de Gleichen (Alberta), vraisemblablement un représentant du gouvernement du Canada, et par Joseph Hand, un «ancien de ladite bande d'Indiens». La déclaration faite sous serment se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] Et ledit Joseph Hand affirme:

Que l'acte de cession ou d'abandon joint en annexe a été ratifié par lui-même et par la majorité des hommes de ladite bande indienne âgés de vingt et un ans révolus, alors présents.

Que ladite ratification a eu lieu à une assemblée ou à un conseil de ladite bande indienne convoqué à cette fin, conformément aux usages de la bande et tenu en sa présence.

g

. . .

Plus haut, dans la déclaration faite sous serment, se trouve une affirmation analogue de la part de J.A. Markle. Comme on peut le constater, l'affirmation au sujet de la majorité des hommes de la bande est ambiguë. Elle peut s'interpréter comme s'entendant de la majorité des hommes de la bande, laquelle majorité était présente à l'assemblée, ou de la majorité des hommes qui étaient vraiment présents à l'assemblée. Toutefois, cela est sans importance d'après les faits en l'espèce puisqu'il est clair que la majorité de tous les membres ayant droit de vote était présente et que la majorité de ceux qui étaient présents a voté en faveur de la cession.

I turn then to s. 49 of the *Indian Act*, *supra*. Subsection (1) stripped of those parts not directly relevant to the problem at hand provides as follows:

... no surrender of a reserve ... shall be valid ... unless the ... surrender shall be assented to by a majority ... of the band ... , at a meeting ... thereof summoned for that purpose ... .

The issue turns upon the significance of the comma appearing after the words "twenty-one years" in the full text or after the word "band" in the truncated version above. If the words following the comma are taken to modify "a majority" in the sense that it restricts the operation of the term majority to the members present at the meeting of the band, then the act of surrender is here valid and the question should be answered accordingly. On the other hand, if the words following the comma merely refer to the place where the assent of the majority is to be taken then the subsection requires an absolute majority assenting to the surrender before the surrender is valid in law.

Some help can be gained from a reference to subs. (2) which for convenience I repeat here:

2. No Indian shall be entitled to vote or be present at such council, unless he habitually resides on or near, and is interested in the reserve in question.

The effect of this subsection is to remove from the list of members otherwise eligible to assent to a surrender those Indians who do not habitually reside on or near the reserve. Nevertheless such a member remains a member of the band because only by the procedure set out in s. 13 of the Act shall an Indian "cease to be a member of the band". It is to be assumed that the "majority" referred to in subs. (1) means a majority of those members who remain eligible to vote after giving effect to the restrictions of subs. (2). If such is not the case, then a member who does not vote for any reason, including non-compliance with subs. (2), would be given a negative vote for the purposes of determining whether a majority vote had been obtained under subs. (1). However, subs. (1) taken by itself is worded very broadly and refers only to "a majority of the male members of the band of the full age of twenty-one years". That certainly would include members of the band who do not

J'étudierai maintenant l'art. 49 de la *Loi des sauvages*, précitée. Le paragraphe (1), dépouillé des parties qui ne sont pas directement pertinentes en l'espèce, se lit comme suit:

<sup>a</sup> ... nulle cession ... d'une réserve ... n'est valide ... à moins que la cession ... ne soit ratifié[e] par la majorité ... de la bande ... , à une assemblée ... convoqué[e] à cette fin ...

<sup>b</sup> Le litige tient à la portée de la virgule inscrite après les mots «vingt et un ans révolus» dans le texte intégral ou après le mot «bande» dans la version abrégée ci-dessus. Si les mots qui suivent la virgule viennent modifier «la majorité», en ce sens <sup>c</sup> qu'ils restreignent l'application du mot majorité aux membres présents à l'assemblée de la bande, il s'ensuit que la cession est valide en l'espèce et que la question doit recevoir une réponse en conséquence. Par contre, si les mots qui suivent la <sup>d</sup> virgule ne font que préciser l'endroit où la ratification par la majorité doit avoir lieu, alors le paragraphe exige qu'une majorité absolue consente à la cession pour que celle-ci soit juridiquement valide.

<sup>e</sup> On peut s'aider jusqu'à un certain point du par. (2) que je cite de nouveau pour plus de commodité:

2. Nul sauvage ne peut voter ni assister à ce conseil s'il ne réside habituellement sur la réserve en question ou près de cette réserve, et s'il n'y a un intérêt.

<sup>f</sup> Ce paragraphe a pour effet d'éliminer de la liste des membres qui ont autrement le droit de ratifier une cession les Indiens qui ne résident pas habituellement dans la réserve ou près de celle-ci. <sup>g</sup> Néanmoins, un tel membre demeure un membre de la bande parce que seule la procédure énoncée à l'art. 13 de la *Loi* peut faire qu'un Indien «cesse de faire partie de la bande». Il faut présumer que la <sup>h</sup> «majorité» dont parle le par. (1) s'entend de la majorité des membres qui conservent leur droit de vote après avoir appliqué les restrictions du par. (2). Si tel n'est pas le cas, un membre qui, pour une raison quelconque, ne vote pas, notamment s'il <sup>i</sup> ne satisfait pas aux exigences du par. (2), sera considéré comme ayant voté négativement aux fins de déterminer si un vote majoritaire a été obtenu conformément au par. (1). Toutefois, pris séparément, le par. (1) est rédigé en termes très généraux <sup>j</sup> et ne parle que de «la majorité des hommes de la bande qui ont atteint l'âge de vingt et un ans

reside on or near the reserve. If the minority in the Court of Appeal is correct then the absentee member, disentitled to vote under s. 49(2) but still a member as he has not been removed under s. 13, is given a negative vote in the sense that he is included in the absolute number of male members of the band, the majority of whom must assent to the proposed surrender. The problem raised by subs. (2) places in my mind considerable doubt as to the intention of the legislator to place such significance in the comma and thereby to condition the required assent upon the attainment of an absolute majority. On the facts of this case subs. (2) has no application and the reference here to the subsection is for interpretative purposes only.

If the critical words of s. 49(1) appeared in the reverse order so that it read "unless assented to at a meeting of members summoned for that purpose by a majority of the male members of the band", the result would be clear. In that case the key to the subsection would be found in the reference to the majority of all members of the band. In the subsection as it is written, however, the prescribed requirement of a majority would appear more logically to refer to the quorum which must be present to give validity to the assent given at the meeting. That portion of the subsection after the comma then is given a full and sensible meaning, in my view, as being merely an assignment or a prescription of a requirement that the assent be taken at a meeting. Thus when read together the requirement is that there be a meeting of eligible members of the band and that in attendance at that meeting there must be a majority of male members of the full age of twenty-one. As already said, we do not, on the facts in this appeal, need to determine whether such majority need be computed with reference to s. 49(2).

There only remains to determine the requirement for the expression of assent in the sense of that term in s. 49(1) at the meeting attended by the prescribed majority. In the common law, and indeed in general usage of the language, a group of persons may, unless specially organized, express

révolus». Cela incluerait certainement les membres de la bande qui ne résident pas dans la réserve ou près de celle-ci. Si le juge dissident en Cour d'appel a raison, alors un membre absent qui n'a pas droit de vote en vertu du par. 49(2), mais qui est encore membre parce qu'il n'a pas été exclu conformément à l'art. 13, est considéré comme ayant voté négativement en ce sens qu'il est compris dans le nombre absolu des hommes de la bande, dont la majorité doit consentir à la cession projetée. Le problème soulevé par le par. (2) me fait beaucoup douter que le législateur ait voulu conférer une telle portée à la virgule et, par conséquent, assujettir la ratification nécessaire à l'obtention de la majorité absolue. Selon les faits en l'espèce, le par. (2) ne s'applique pas et il n'est mentionné ici qu'à des fins d'interprétation seulement.

Si les termes-clés du par. 49(1) se trouvaient dans l'ordre inverse de manière à lire «à moins d'être ratifié à une assemblée des membres convoquée à cette fin par la majorité des hommes de la bande», le résultat serait clair. Dans ce cas, la clé du paragraphe se trouverait dans la mention de la majorité de tous les membres de la bande. D'après la formulation du paragraphe toutefois, la condition relative à la majorité semblerait plus logiquement se rapporter au quorum nécessaire pour valider la ratification faite à l'assemblée. La partie du paragraphe qui suit la virgule est alors interprétée de manière complète et rationnelle, à mon avis, comme n'étant que l'expression ou l'énonciation de la condition que la ratification se fasse à une assemblée. Ainsi, lorsqu'on la lit dans son ensemble, la condition est qu'il y ait une assemblée des membres de la bande ayant droit de vote et qu'assiste à cette assemblée la majorité des hommes de la bande qui ont atteint l'âge de vingt et un ans révolus. Comme je l'ai déjà précisé, nous n'avons pas, compte tenu des faits en l'espèce, à déterminer si cette majorité doit être calculée en fonction du par. 49(2).

Il ne reste plus qu'à déterminer de quelle manière doit se faire la ratification, au sens de ce terme au par. 49(1), lors de l'assemblée à laquelle assiste la majorité prescrite. En *common law* et, en fait, dans la langue courante, un groupe de personnes ne peut, à moins d'être organisé d'une manière

their view only by an agreement by the majority. A refinement arises where all members of a defined group present at a meeting do not express a view. In that case, as we shall see, the common law expresses again the ordinary sense of our language that the group viewpoint is that which is expressed by the majority of those declaring or voting on the issue in question. Thus, by this rather simple line of reasoning, the section is construed as meaning that an assent, to be valid, must be given by a majority of a majority of eligible band members in attendance at a meeting called for the purpose of giving or withholding assent.

It may be helpful to analogize the first requirement of the majority to that of a prescription of quorum and it may be helpful to refer to the second requirement that the assent be given at a meeting as simply a prescribed mechanical method of determining the will of the meeting on the issue of assent. In adverting to the common law principle, *supra*, I had in mind *The Mayor, Constables, and Company of Merchants of the Staple of England v. The Governor and Company of the Bank of England* (1887), 21 Q.B.D. 160 at p. 165 where it was stated by Wills J. in reference to the acts of a corporation being those of the major part of the incorporators corporately assembled:

This means that, in the absence of special custom, the major part must be present at the meeting, and that of that major part there must be a majority in favour of the act or resolution.

In more recent times and to the same effect, see: Gillanders J.A., in *Glass Bottle Blowers' Association of the United States and Canada v. Dominion Glass Company Limited*, [1943] O.W.N. 652 (Labour Court); and *Itter v. Howe* (1896), 23 O.A.R. 256. To require otherwise, that is to say more than a mere majority of the prescribed quorum of eligible band members present to assent to the proposition, would put an undue power in the hands of those members who, while eligible, do not trouble themselves to attend, or if in attendance, to vote; or as it was put by Gillanders J.A. in

spéciale, exprimer une opinion qu'avec le consentement de la majorité. Il se présente une subtilité lorsque les membres d'un groupe déterminé qui assistent à une assemblée n'expriment pas tous leurs opinions. Dans ce cas, comme nous le verrons, la *common law* reprend encore le sens ordinaire des mots selon lequel l'opinion du groupe est celle exprimée par la majorité de ceux qui se sont prononcés ou qui ont voté sur la question en cause. Donc, selon ce raisonnement plutôt simple, l'article est interprété comme signifiant que, pour être valide, le consentement doit être donné par la majorité de la majorité des membres de la bande qui ont droit de vote et qui assistent à une assemblée convoquée pour donner ou refuser le consentement.

Il peut être utile de faire un rapprochement entre la première condition relative à la majorité et celle relative au quorum, et il peut être utile de considérer la deuxième condition, qui exige que la ratification se fasse à une assemblée, comme un simple mécanisme qui permet de déterminer la volonté de l'assemblée sur la question de la ratification. En faisant allusion au principe de *common law*, précité, je pensais à l'arrêt *The Mayor, Constables, and Company of Merchants of the Staple of England v. The Governor and Company of the Bank of England* (1887), 21 Q.B.D. 160, à la p. 165, où le juge Wills, après avoir affirmé que les actes d'une société sont ceux de la majorité des associés qui la composent, ajoute ce qui suit:

[TRADUCTION] Cela veut dire qu'en l'absence d'usage-spécial, la majorité des associés constitue le quorum et que l'acte ou la décision doit être pris à la majorité de ceux qui participent à l'assemblée.

Pour des décisions plus récentes dans le même sens, voir: le juge Gillanders dans l'arrêt *Glass Bottle Blowers' Association of the United States and Canada v. Dominion Glass Company Limited*, [1943] O.W.N. 652 (Tribunal du travail) et *Itter v. Howe* (1896), 23 O.A.R. 256. Si on était plus exigeant, c'est-à-dire si on affirmait qu'il faut plus qu'une majorité simple du quorum prescrit des membres de la bande qui ont droit de vote et qui sont présents pour ratifier la proposition, on conférerait un pouvoir indu aux membres qui, même s'ils ont droit de vote, ne se donnent pas la peine de

*Glass Bottle Blowers'*, *supra*, at p. 656, it would "give undue effect to the indifference of a small minority".

Of the five possibilities of meaning which may be attributed to the wording of s. 49(1), *supra*, we are not required to make a distinction for those present and not voting, because on the facts before the Court in this appeal there were no members present and eligible to vote who did not vote.

It is said that such a construction of s. 49(1) is in effect to replace the comma by the word 'present'. This is so in my view only if the plain meaning is not attributed to the words "assented to by a majority . . . of the band . . ., at a meeting . . . summoned for that purpose". Indeed, if the comma were removed the sense of the paragraph would be altered to diminish the requirement because then all that would be required would be a meeting at which members eligible to vote attended and at which a majority expressed their assent to the proposed surrender. At the most, the effect of the comma, in my view, is to bring about the requirements that a quorum be in attendance and that a majority of that quorum vote in favor for the further protection of the operations of the band, both of which requirements were undoubtedly met here since a majority of the eligible members were in attendance and a majority of those in attendance gave their assent.

It has also been argued that the interpretation which is now being considered is one which exposes the membership of the band to a risk of loss of property and other rights contrary to the general pattern and spirit of the *Indian Act*. It is perhaps well to observe in this connection that there are precautions built into the procedures of Part I of the Act dealing with surrender. Firstly, the meeting must be called to consider the question of surrender explicitly. It may not be attended to at a regular meeting or one in respect of which express notice has not been given to the band. Secondly, the meeting must be called in accordance with the rules of the band. Thirdly, the chief or principal men must certify on oath the vote and

se présenter ou, s'ils sont présents, de voter; ou, comme l'a affirmé le juge Gillanders dans l'arrêt *Glass Bottle Blowers'*, précité, à la p. 656, cela reviendrait [TRADUCTION] «à accorder à l'indifférence d'une faible minorité une importance qu'elle ne devrait pas avoir».

Quant aux cinq façons possibles d'interpréter le texte du par. 49(1), précité, nous n'avons pas à établir une distinction pour ceux qui, étant présents, n'ont pas voté, parce que, d'après les faits soumis à cette Cour en l'espèce, tous les membres présents et ayant droit de vote ont voté.

On soutient que cette interprétation du par. 49(1) revient en fait à remplacer la virgule par le mot «présents». A mon avis, cela est vrai seulement si l'on ne donne pas leur sens ordinaire aux mots «ratifié par la majorité . . . de la bande . . ., à une assemblée . . . convoqué[e] à cette fin». En réalité, si l'on enlevait la virgule, on changerait le sens du paragraphe et la condition requise serait ainsi atténuée puisqu'il suffirait d'une assemblée à laquelle les membres ayant droit de vote auraient assisté et où la majorité aurait ratifié la cession proposée. A mon avis, la virgule a tout au plus pour effet d'exiger qu'il y ait quorum et qu'une majorité de ce quorum vote favorablement, afin de mieux protéger les opérations de la bande; ces deux conditions ont été certainement respectées en l'espèce puisque la majorité des membres ayant droit de vote était présente et que la majorité des membres présents a donné son consentement.

On a aussi soutenu que l'interprétation que nous examinons maintenant expose les membres de la bande au risque de perdre des biens et d'autres droits, contrairement à l'objet et à l'esprit général de la *Loi des sauvages*. Il y a lieu de noter, à cet égard, que des mesures de précaution sont intégrées à la procédure de cession établie par la Partie I de la Loi. Premièrement, l'assemblée doit être convoquée expressément pour étudier la question de la cession. Cette question ne peut être examinée à une assemblée régulière ou à une assemblée dont on n'a pas donné avis exprès à la bande. Deuxièmement, l'assemblée doit être convoquée conformément aux usages de la bande. Troisièmement, l'un des chefs ou des anciens doit



that the meeting was properly constituted. Fourthly, only residents of the reserve can vote by reason of the exclusionary provisions of s. 49(2). Fifthly, the meeting must be held in the presence of an officer of the Crown. And sixthly, even if the vote is in the affirmative, the surrender may be accepted or refused by the Governor in Council. It is against this background of precautionary measures that one must examine the manner in which the assent of eligible members of the band is to be ascertained under s. 49.

Reference has been made to other provisions in the *Indian Act* dealing with advanced bands and voting provisions in connection with modified self-government in respect thereof. I do not believe these provisions are of direct assistance in construing the surrender provisions as they are found in ss. 47 to 51. However, support can be found in wording adopted by Parliament in s. 166 which is also found in Part I and relates to the method prescribed for the election of chiefs and for the granting of ordinary consents in the name of the band. Section 166 provides as follows:

**166.** At the election of a chief or chiefs, or at the granting of any ordinary consent required of a band under this Part, those entitled to vote at the council or meeting thereof shall be the male members of the band, of the full age of twenty-one years; and the vote of a majority of such members, at a council or meeting of the band summoned according to its rules, and held in the presence of the Superintendent General, or of an agent acting under his instructions, shall be sufficient to determine such election or grant such consent.

It is to be observed that the voting members referred to in ss. 49(1) and 166 are identical. The language is almost precisely the same and the comma appears in the same position in the two sections. Again, in my respectful view, Parliament has required that the meeting be attended by a majority of eligible band members and that the decision of the meeting shall be by the vote of a majority of such members attending.

Finally, it was said in argument before this Court that the interpretative strictures enunciated

attester sous serment le vote et le fait que l'assemblée était régulièrement constituée. Quatrièmement, seuls ceux qui résident dans la réserve peuvent voter en raison des dispositions d'exclusion du par. 49(2). Cinquièmement, l'assemblée doit se tenir en présence d'un représentant de Sa Majesté. Et sixièmement, même si le vote est affirmatif, le gouverneur en conseil peut approuver ou refuser la cession. C'est en fonction de ces mesures de précaution qu'il faut étudier la façon dont la ratification par les membres de la bande ayant droit de vote doit être déterminée en vertu de l'art. 49.

On a mentionné d'autres dispositions de la *Loi des sauvages* qui portent sur l'avancement des bandes et les dispositions en matière de scrutin applicables à une nouvelle forme d'autonomie. Je ne crois pas que ces dispositions soient directement utiles pour interpréter celles relatives à la cession qui se trouvent aux art. 47 à 51. On peut cependant s'appuyer sur le texte adopté par le législateur à l'art. 166, qui se trouve aussi dans la Partie I et qui a trait au mode d'élection des chefs et à la façon de donner un consentement ordinaire au nom de la bande. L'article 166 est ainsi formulé:

**166.** Lors de l'élection d'un chef ou de chefs, ou de la délibération de quelque consentement ordinaire à donner par une bande en vertu de la présente loi, ceux qui ont droit de vote au conseil ou à l'assemblée sont les hommes membres de la bande qui ont atteint l'âge de vingt et un ans; et le vote de la majorité de ces membres dans un conseil ou une assemblée de la bande, convoquée selon ses usages, et tenue en la présence du surintendant général ou d'un agent agissant d'après ses instructions, suffit pour décider l'élection ou donner le consentement.

Il faut noter que les membres ayant droit de vote dont il est question au par. 49(1) et à l'art. 166 sont les mêmes. Le texte est presque exactement le même et la virgule se trouve au même endroit dans les deux articles. Encore une fois, j'estime que le législateur a exigé que la majorité des membres de la bande ayant droit de vote assiste à l'assemblée et que la décision de l'assemblée repose sur le vote de la majorité de ces membres qui y sont présents.

Enfin, on a soutenu en cette Cour que les conditions d'interprétation énoncées par le juge Rand

by Rand J. in *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King*, [1950] S.C.R. 211, at p. 219 continued to be applicable to the construction of the *Indian Act*, be it the Act of 1906 or subsequent versions. I do not find those general observations to be of assistance in determining the precise meaning of the specialized ss. 47 to 51 dealing with the "Surrender and Forfeiture of Lands in Reserve". As already noted, there are the strongest indications that Parliament was alive to the need for the prescription of a system for the disposition of part or the whole of reserves so as to protect the welfare of the Indians residing thereon. It serves no purpose to interpret the language of Parliament by attributing to it meanings which are not plain and natural but rather which are super-imposed upon the words adopted by Parliament in order to promote an intention conceived by the Court to be inadequately attended to by Parliament itself. If the words employed in s. 49(1) are clear and unambiguous as in my view they are, then there is no need to invoke some mechanics of interpretation which might bring about a restrictive or unnatural interpretation. The section does not speak of quorums or of the casting of majority votes at a meeting but simply prescribes that a meeting of eligible members must be called in the prescribed manner and at that meeting there must be in attendance a majority of male members of the band of twenty-one years or more. When such a meeting is so convened the decision to assent or not to assent to the proposed surrender is to be reached. Unless otherwise prescribed by the statute (and this statute does not do so), a meeting expresses assents by a majority of votes cast at that meeting. We are not here troubled, as I have already said, by the circumstance where there are abstentions.

The appellants in their argument in this Court found comfort in s. 49(3), particularly that part which requires that the surrender be "assented to by the band at such council or meeting" and shall then be certified by the Superintendent General or by some other appropriate officer or person described in the subsection. In my view the subsection simply provides the machinery for certification of the result of the band action and in no way qualifies or restricts the action prescribed in s. 49(1).

dans l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited c. Le Roi*, [1950] R.C.S. 211, à la p. 219, continuent de s'appliquer à la *Loi des sauvages*, que ce soit la Loi de 1906 ou une version subséquente. Je ne considère pas que ces observations générales sont utiles pour déterminer le sens précis des art. 47 à 51 qui portent sur l'«Abandon et confiscation des terres dans les réserves». Comme je l'ai déjà souligné, tout indique que le législateur a été sensible à la nécessité d'élaborer une procédure d'aliénation d'une partie ou de la totalité d'une réserve de manière à préserver le bien-être des Indiens qui y résident. Il est inutile d'interpréter le texte du législateur de manière à lui donner un sens qui n'est ni ordinaire ni normal, mais qui se superpose plutôt aux termes choisis afin de mettre en oeuvre un objet que le législateur aurait négligé selon la Cour. Si les termes utilisés dans le par. 49(1) sont clairs et précis comme je le crois, il n'est pas alors nécessaire de faire appel à un mécanisme d'interprétation qui pourrait en restreindre ou dénaturer le sens. L'article ne parle pas de quorum ni de l'obtention d'un vote majoritaire à une assemblée, mais il prescrit simplement la convocation, selon les modalités prévues, d'une assemblée des membres ayant droit de vote et la présence à cette assemblée de la majorité des hommes de la bande âgés de vingt et un ans et plus. Lorsque cette assemblée est ainsi convoquée, la décision de ratifier ou non la cession proposée doit être prise. A moins d'une disposition contraire de la loi (ce que la présente loi ne contient pas), une assemblée donne son consentement par la majorité des voix qui y sont exprimées. Nous n'avons pas à nous préoccuper ici, comme je l'ai déjà souligné, des cas où il y a des abstentions.

Dans leur argumentation en cette Cour, les appelants ont invoqué le par. 49(3), plus particulièrement le passage qui exige que la cession soit «consenti[e] par la bande à ce conseil ou assemblée» et soit ensuite attestée par le surintendant général ou quelque autre fonctionnaire ou personne autorisés désignés dans le paragraphe. A mon avis, ce paragraphe prévoit seulement un mécanisme d'attestation du résultat de l'acte de la bande et il ne limite ni ne restreint aucunement l'acte prévu au par. 49(1).

I therefore come to the conclusion that of the five possible interpretations which might be placed upon s. 49(1) the plain meaning of the section as applied to the facts on this appeal is that a majority of the majority of the male members of the band of the full age of twenty-one is sufficient to produce a valid consent and accordingly the question is answered in the negative and I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Jones, Black & Company, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

J'arrive donc à la conclusion que, des cinq interprétations possibles qu'on peut donner au par. 49(1), ce paragraphe, dans la mesure où il s'applique aux faits du présent pourvoi, signifie clairement que la majorité de la majorité des hommes de la bande âgés de vingt et un ans révolus est suffisante pour produire une ratification valide et, par conséquent, je suis d'avis de répondre par la négative à la question et de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Jones, Black & Company, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.*

**Barry Dennis Gunn** *Appellant;*

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16385.

1982: February 17 and 18; 1982: April 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Conspiracy to breach foreign law — Indictment without reference to foreign law — Amendment refused — Non-suit for want of evidence supporting indictment — Whether or not the Court of Appeal could set acquittal aside, and direct trial to continue to enable defence to call evidence or to close — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(1)(d), (3), 613(4).*

The Crown wished to prove a conspiracy in Canada to engage in illegal arms shipments out of the United States. The indictment alleged conspiracies in violation of the *Export and Import Permits Act* and of s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*, but made no mention of the alleged violation of U.S. law governing imports from that country. The trial began May 9, 1979. On May 29, the Crown moved to amend the indictment by adding a reference to the alleged breach of U.S. law and an alleged conspiracy in respect of that breach so as to permit it to bring in s. 423(3) which provided for the extraterritorial reach of the offences created by s. 423(1)(d). The trial judge dismissed this motion, and at the close of the Crown's case, allowed the accused's motion for dismissal for want of evidence supporting the indictment. The Court of Appeal set aside the acquittal and directed that the trial continue to enable the defence to call evidence or to close the case, and for final disposition.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz and Chouinard JJ.: The Court of Appeal is without authority to amend an indictment by substituting a different offence for the one charged in the indictment, especially

**Barry Dennis Gunn** *Appelant;*

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16385.

1982: 17 et 18 février; 1982: 5 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Complot en vue d'enfreindre une loi étrangère — L'acte d'accusation ne mentionne pas de loi étrangère — Autorisation de modifier refusée — Ordonnance de non-lieu pour absence de preuves à l'appui de l'acte d'accusation — Compétence de la Cour d'appel pour infirmer le verdict d'acquiescement et pour ordonner que le procès continue afin que la défense puisse citer des témoins ou clore sa preuve — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(1)d), (3), 613(4).*

Le ministère public a voulu prouver l'existence d'un complot au Canada en vue de faire l'expédition illégale d'armement à partir des États-Unis. L'acte d'accusation allègue participation à des complots en violation de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* et contrairement à l'al. 423(1)d) du *Code criminel*, mais ne fait aucune mention de la présumée violation de la loi des États-Unis régissant les exportations de ce pays-là. Le procès a débuté le 9 mai 1979. Le 29 mai, le ministère public a demandé l'autorisation de modifier l'acte d'accusation en y ajoutant la mention de la présumée violation d'une loi des États-Unis et d'un présumé complot à l'égard de cette violation, ce qui lui aurait permis d'invoquer le par. 423(3) qui prévoit l'application de l'al. 423(1)d) à des infractions commises dans un pays étranger. Le juge du procès a rejeté cette demande et, le ministère public ayant présenté sa preuve, a fait droit à la requête de l'accusé en rejet pour absence de preuves à l'appui de l'acte d'accusation. La Cour d'appel, en plus d'infirmer le verdict d'acquiescement, a ordonné que le procès continue afin que la défense puisse citer des témoins ou déclarer sa preuve close et afin que le litige soit tranché de façon définitive.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz et Chouinard: La Cour d'appel n'a pas le pouvoir de modifier un acte d'accusation par la substitution d'une infraction différente à celle reprochée, et cela tient

where that was one of the grounds upon which the trial judge refused to amend.

An order for a new trial under s. 613(4)(b)(i) means an order for a full new trial, especially if it is to proceed upon an amended indictment. Even if the Court of Appeal had the power to substitute a new charge for the one laid, it is wrong for it to force an accused to accept the Crown's case as made under the unamended charge and to direct the accused to put in its evidence. No court can predict the possible course of cross-examination by accused's counsel if the indictment were in the form directed by the Court of Appeal.

Accused's alleged co-conspirator was deported prior to the appeal hearing. No court could guess how this would affect appellant's position, even at a full new trial on the amended indictment.

*Per McIntyre and Lamer JJ.*: The acquittal should be restored, because of the Crown having deported the co-accused and because, considering the cumulation of unfortunate procedural events, ordering a new trial would amount to a miscarriage of justice.

*R. v. Kerr et al.* (1922), 53 O.L.R. 228; *Dupont v. The Queen* (1958), 123 C.C.C. 386; *R. v. Elliott*, [1970] 3 C.C.C. 233; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, referred to.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1980), 54 C.C.C. (2d) 163, 4 Man. R. (2d) 269 *sub nom. R. v. Apaya and Gunn*, setting aside an acquittal granted by Kennedy Co. Ct. J. on a motion for dismissal for want of evidence to support the indictment and directing that the trial continue before that judge to final disposition. Appeal allowed.

*K. G. Houston, Q.C.*, for the appellant.

*E. G. Ewaschuk, Q.C.*, and *P. M. Kremer*, for the respondent.

particulièrement lorsque l'absence de ce pouvoir constitue un des motifs pour lesquels le juge du procès a refusé l'autorisation de modifier.

a Une ordonnance portant nouveau procès au sens du sous-al. 613(4)(b)(i) signifie une ordonnance portant un nouveau procès complet, surtout si ce nouveau procès doit se fonder sur un acte d'accusation modifié. Même si la Cour d'appel détient le pouvoir de substituer une nouvelle accusation à celle portée, elle ne peut à bon droit obliger un accusé d'accepter la preuve présentée par le ministère public relativement à l'accusation non modifiée et ordonner à l'accusé de présenter sa propre preuve. Aucune cour ne peut prédire comment l'avocat de l'accusé aurait abordé les contre-interrogatoires si l'acte d'accusation avait été formulé de la façon ordonnée par la Cour d'appel.

d On avait déporté le présumé coconspirateur de l'accusé avant l'audience en appel. Aucune cour ne peut deviner quelle incidence cela aurait sur la position de l'appellant, même à un nouveau procès complet fondé sur l'acte d'accusation modifié.

e *Les juges McIntyre et Lamer*: Le verdict d'acquiescement doit être rétabli parce que le ministère public a procédé à la déportation du coaccusé et que, compte tenu de l'accumulation de procédures regrettables, ce serait l'équivalent d'un déni de justice que d'ordonner un nouveau procès.

f Jurisprudence: *R. v. Kerr et al.* (1922), 53 O.L.R. 228; *Dupont v. The Queen* (1958), 123 C.C.C. 386; *R. v. Elliott*, [1970] 3 C.C.C. 233; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393.

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1980), 54 C.C.C. (2d) 163, 4 Man. R. (2d) 269 *sub nom. R. v. Apaya and Gunn*, qui a infirmé un verdict d'acquiescement rendu par le juge Kennedy de la Cour de comté par suite d'une requête en rejet pour absence de preuves à l'appui de l'acte d'accusation, et ordonné que le procès continue devant ce juge jusqu'à ce que le litige soit i tranché de façon définitive. Pourvoi accueilli.

*K. G. Houston, c.r.*, pour l'appellant.

j *E. G. Ewaschuk, c.r.*, et *P. M. Kremer*, pour l'intimée.

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

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Dickson, Beetz et Chouinard rendu par

THE CHIEF JUSTICE—There are oddities about this case that persuade me that the order of the Manitoba Court of Appeal should be set aside and that the acquittal directed by the trial judge should be restored. An agreed statement of facts highlighted the basis of the criminal proceedings taken against the appellant and other alleged co-conspirators.

What the Crown wished to prove was that there was a conspiracy in Canada to engage in illegal arms shipments out of the United States, it being also an offence under Canadian law to export arms from Canada without an export permit. A then newly enacted provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(3), which came into force in 1976, provided the basis for the extraterritorial reach of the offences created by *Criminal Code*, s. 423(1)(d). The charges laid here were (the Court was told) the first to invoke s. 423(3). This provision is also involved, in association with s. 423(2), in another appeal recently heard in this Court, *Bolduc v. The Queen*, in which judgment was reserved on February 16, 1982.

The Crown began proceedings in the present case by laying two informations for conspiracy against the accused and two named co-conspirators, also naming a number of unindicted co-conspirators. Nothing turns on these informations which appeared to be in conformity with ss. 423(1)(d) and 423(3). There was a committal for trial after a preliminary hearing and then an indictment was preferred against the accused and one of the two alleged co-conspirators named in the informations. The indictment alleged conspiracies in violation of the *Export and Import Permits Act*, 1953-54 (Can.), c. 27, contrary to *Criminal Code*, s. 423(1)(d). No mention was made of the alleged violation of United States law governing export of arms from that country.

LE JUGE EN CHEF—Cette affaire présente des singularités qui me convainquent qu'il y a lieu d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir le verdict d'acquiescement rendu par le juge du procès. Le fondement des procédures pénales engagées contre l'appellant et ses prétendus coconspirateurs est décrit dans un exposé conjoint des faits.

Le ministère public a voulu prouver l'existence d'un complot au Canada en vue de faire l'expédition illégale d'armement à partir des États-Unis. Il est également contraire à la loi au Canada d'exporter de l'armement du Canada sans licence d'exportation. C'est par le jeu d'une disposition du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, alors récemment adoptée, soit le par. 423(3), entrée en vigueur en 1976, que l'al. 423(1)d) du *Code criminel* s'applique à des infractions commises dans un pays étranger. Il s'agit en l'espèce, du moins c'est ce qu'on nous a dit, des premières accusations portées en vertu du par. 423(3). De plus, cette disposition ainsi que le par. 423(2) font l'objet d'un autre pourvoi, *Bolduc c. La Reine*, que cette Cour a entendu récemment et mis en délibéré le 16 février 1982.

Le ministère public a commencé les procédures en l'espèce par le dépôt de deux dénonciations de complot contre l'accusé et deux coconspirateurs nommés. Ces dénonciations nommaient également plusieurs coconspirateurs non visés par un acte d'accusation. Elles semblent conformes à l'al. 423(1)d) et au par. 423(3) et ne sont pas en cause ici. A la suite d'une enquête préliminaire, il y a eu renvoi à procès, puis on a présenté un acte d'accusation contre l'accusé et un des deux présumés coconspirateurs nommés dans les dénonciations. L'acte d'accusation allègue des complots en violation de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, 1953-54 (Can.), chap. 27, contrairement à l'al. 423(1)d) du *Code criminel*. On n'a fait aucune mention de la présumée violation de la loi des États-Unis régissant l'exportation d'armement de ce pays-là.

*Criminal Code*, ss. 423(1)(d) and 423(3) read as follows:

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 accused who is guilty of that offence would, upon conviction, be liable.

(3) Every one who, while in Canada, conspires with any one to do anything referred to in subsection (1) or (2) in a place outside Canada that is an offence under the laws of that place shall be deemed to have conspired to do in Canada that thing.

The informations had been laid on March 22, 1978 and the indictments were preferred on February 15, 1979. A motion to quash the indictment was made on the ground, *inter alia*, that no preliminary hearing had been held on the charges now contained in the indictment, as contrasted with those in the information. Kennedy Co. Ct. J., refused to quash, saying this in his reasons:

The indictment before me presumes a breach of Canadian law, and I have no difficulty in finding that the evidence adduced at the preliminary hearing meets the requirements of Section 496. The indictment relates to offences disclosed by that evidence, and are in substitution for the offence for which the accused was committed for trial.

I have no doubt, either, that, from reviewing the preliminary evidence, as I was invited, indeed, urged to do by defence counsel, that the accused have not suffered any prejudice, or are unable to meet the allegations contained in the indictment by claiming to have been surprised or in any way misled.

On May 29, 1979, the Crown moved to amend the indictment by adding a reference to an alleged violation of United States law and an alleged conspiracy in respect thereof so as to permit it to

L'alinéa 423(1)d) et le par. 423(3) du *Code criminel* sont ainsi rédigés:

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 peine que celle dont serait passible, sur déclaration de culpabilité, un prévenu coupable de cette infraction.

(3) Les personnes qui, au Canada, complotent en vue de commettre, dans un pays étranger, des infractions visées aux paragraphes (1) ou (2) et également punissables dans ce pays sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

Le dépôt des dénonciations avait eu lieu le 22 mars 1978 et on a présenté les actes d'accusation le 15 février 1979. Alléguant notamment qu'à la différence des accusations visées par la dénonciation, celles contenues dans l'acte d'accusation n'avaient fait l'objet d'aucune enquête préliminaire, on a présenté une requête en annulation de l'acte d'accusation. Le juge Kennedy de la Cour de comté a refusé de l'annuler pour les motifs suivants:

[TRADUCTION] L'acte d'accusation dont il est question en l'espèce laisse supposer une infraction à la loi canadienne, et je conclus sans difficulté que la preuve présentée à l'enquête préliminaire satisfait aux exigences de l'art. 496. L'acte d'accusation vise des infractions qui se dégagent de cette preuve et qui viennent se substituer à l'infraction pour laquelle on a renvoyé l'accusé à son procès.

Je n'ai pas le moindre doute non plus, après avoir examiné la preuve présentée à l'enquête préliminaire, comme l'avocat de la défense m'a invité, avec insistance même, à le faire, que les accusés n'ont subi aucun préjudice, et qu'ils ne peuvent contester les allégations contenues dans l'acte d'accusation en prétendant avoir été pris au dépourvu ou de quelque façon induits en erreur.

Le 29 mai 1979, le ministère public a demandé l'autorisation de modifier l'acte d'accusation en y ajoutant la mention d'une présumée violation d'une loi des États-Unis et d'un présumé complot à

bring in s. 423(3). Leave to amend was refused after a consideration of the amending power given by *Criminal Code*, s. 529. The trial judge said this, in the course of his reasons for refusing to amend:

I am of the view that the amendment is not to cure a variance between the evidence at trial and the charge. If anything the amendment seeks once again in my view to restore the original Information, although in somewhat different terminology. In that respect I have already ruled that the two charges were different and the Indictment before me is in substitution for the original Information laid prior to the preliminary hearing and upon which the accused were indicted. To include reference at this stage of the trial to the U.S. as being the place in which the substantive offence was committed and to allege a breach of American law, which I might add could only refer to Title 22, being a derivative of the American U.S. Neutrality Act is to add in my view a new dimension and component. This is not to suggest that the accused would be taken by surprise. Given the position of the Crown and the earlier argument the proposed amendment contains an averment that the Crown had every opportunity from the preliminary to the present to consider and it apparently chose not to introduce it until this late hour.

And, again, after referring to s. 529(2), (3) and (4):

(a) the evidence at the preliminary hearing did not disclose anything materially different than the trial evidence, and on the basis of the preliminary evidence the Crown sought to substitute this Indictment.

(b) the trial evidence could not be said to have occasioned the amendment since there was no new disclosures upon which the Crown might argue warranted the amendment.

(c) I have already commented that given the various intervening rulings on the Indictment this case is not one where new facts or evidence urge what may amount to a review, if not *res judicata*, on the preliminary motion.

(d) given the Crown's position as to the sufficiency of the Indictment and my earlier ruling, I am of the view

cet égard, pour lui permettre d'invoquer le par. 423(3). Après une étude du pouvoir de modification conféré par l'art. 529 du *Code criminel*, le juge du procès a refusé l'autorisation de modifier, motivant ainsi sa décision:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que la procédure de modification n'est pas conçue pour remédier à une divergence entre l'inculpation et la preuve présentée au procès. Cette procédure vise plutôt, selon moi, à rétablir la dénonciation originale, mais en la reformulant. A cet égard, j'ai déjà décidé qu'il s'agit de deux inculpations différentes et que l'acte d'accusation en cause vient se substituer à la dénonciation originale déposée avant l'enquête préliminaire, dénonciation sur laquelle a été fondée l'inculpation des accusés. Inclure à ce stade-ci du procès une mention des États-Unis comme lieu de perpétration de l'infraction matérielle précise et alléguer une infraction à une loi américaine, et j'ajouterais qu'il ne peut s'agir là que du Titre 22, plus particulièrement de l'U.S. Neutrality Act qui en fait partie, équivaut, selon moi, à ajouter aux procédures une nouvelle dimension et à leur donner un nouvel aspect. Mais je ne veux pas dire par là que les accusés seraient pris au dépourvu. Etant donné la position du ministère public et les débats qui ont déjà eu lieu, la modification proposée contient une allégation que le ministère public aurait pu présenter à n'importe quel moment à partir de l'enquête préliminaire et qu'il a apparemment choisi de ne présenter qu'à cette époque tardive.

Et il ajoute, après avoir fait mention des par. 529(2), (3) et (4):

[TRADUCTION] a) Il ne se dégage de la preuve présentée à l'enquête préliminaire rien qui soit foncièrement différent de ce qui ressort de la preuve présentée au procès, et, se fondant sur la preuve de l'enquête préliminaire, le ministère public cherche à substituer cet acte d'accusation, à l'autre.

b) On ne peut dire que la preuve présentée au procès a provoqué la modification, car il ne s'en dégage aucun fait nouveau que le ministère public pourrait invoquer pour justifier la modification.

c) J'ai déjà dit, vu les différentes décisions déjà rendues relativement à l'acte d'accusation, qu'il ne s'agit pas ici d'un cas où des faits ou éléments de preuve nouveaux imposent ce qui peut équivaloir à une révision, à supposer qu'il ne s'agisse pas d'une chose jugée, de la requête préliminaire.

d) Compte tenu de la position du ministère public quant au caractère suffisant de l'acte d'accusation,



that the accused has been misled and perhaps prejudiced.

At the close of the Crown's case, counsel for the accused moved, on June 4, 1979, for a dismissal on the ground that there was no evidence to support the indictment. The motion was granted, the trial judge holding that the deeming provisions of s. 423(3) did not apply. The Crown appealed and, in reasons of the Manitoba Court of Appeal delivered by Monnin J.A., it was held that the trial judge ought to have allowed the amendment sought by the Crown "in order to comply with the evidence which was on the record and to conform to the charges as originally laid". (The formal order of the Court of Appeal restored the charges as they were originally set out in the informations.) The acquittal was set aside and the Court of Appeal further directed that the trial continue before Kennedy Co. Ct. J. to enable the defence to call evidence or close the case and for final disposition. Monnin J.A. rejected the contention of prejudice to the accused when the trial judge had refused the amendment, saying that nothing had happened between May 2, 1979 (when the accused moved unsuccessfully to quash the indictment) and May 29, 1979 when the trial judge refused to allow the Crown to amend. This, however, ignores the fact, as forcibly pointed out by counsel for the appellant in this Court, that the trial had begun on May 9, 1979 and the Crown had been presenting evidence under the indictment as then framed.

Nowhere in the reasons of the Court of Appeal is any reference made to any power that it has to amend an indictment by substituting a different offence for the one charged in the indictment, especially where that was one of the grounds upon which the trial judge refused to amend. The weight of authority is against any such power: see, for example, *R. v. Kerr et al.* (1922), 53 O.L.R. 228, at p. 231; *Dupont v. The Queen* (1958), 123

compte tenu également de ma décision antérieure, je suis d'avis que l'accusé a été induit en erreur et qu'il a peut-être subi un préjudice.

a Le ministère public ayant présenté sa preuve, l'avocat de l'accusé a présenté, le 4 juin 1979, une requête de non-lieu pour le motif qu'il n'y avait aucun élément de preuve à l'appui de l'acte d'accusation. Le juge du procès a fait droit à la requête, b statuant que les dispositions du par. 423(3) qui créent une présomption ne s'appliquent pas. Le ministère public a interjeté appel et, dans des motifs prononcés par le juge Monnin, la Cour d'appel du Manitoba a statué que le juge du procès c aurait dû autoriser la modification sollicitée par le ministère public [TRADUCTION] «pour qu'il y ait conformité avec la preuve déjà versée au dossier et avec les accusations portées en premier lieu». d (L'ordre définitif de la Cour d'appel a reformulé les accusations en suivant le texte des dénonciations.) En plus d'infirmier le verdict d'acquiescement, la Cour d'appel a ordonné que le procès continue devant le juge Kennedy afin que la e défense puisse citer des témoins ou déclarer sa preuve close et afin que le litige soit tranché de façon définitive. Déclarant que rien ne s'était produit entre le 2 mai 1979, date où l'accusé avait été débouté de sa demande d'annulation de l'acte d'accusation, et le 29 mai 1979, date où le juge du f procès a rejeté la requête en modification du ministère public, le juge Monnin a rejeté la prétention que l'accusé avait subi un préjudice au moment de ce refus du juge du procès. Cependant, g comme l'avocat de l'appelant l'a vigoureusement souligné en cette Cour, cela faisait abstraction de ce que le procès avait débuté le 9 mai 1979 et que le ministère public avait présenté des éléments de h preuve compte tenu de la formulation de l'acte d'accusation à l'époque.

On ne parle nulle part dans les motifs de la Cour d'appel de son pouvoir de modifier un acte d'accusation en substituant une infraction différente à celle reprochée, et cela tient particulièrement lorsque l'absence de ce pouvoir constitue un des motifs pour lesquels le juge du procès a refusé l'autorisation de modifier. La jurisprudence prépondérante s'oppose à l'existence d'un tel pouvoir: voir, par exemple, *R. v. Kerr et al.* (1922), 53 O.L.R. 228, à

C.C.C. 386, at p. 390; *R. v. Elliott*, [1970] 3 C.C.C. 233, at p. 237. This Court considered the matter in *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, where the same position against any power in a court of appeal to substitute a new offence by amendment was asserted in the dissenting judgment at p. 401 and implicitly approved in the majority judgment, at pp. 426-27. The difference in the judgments was whether a new offence was substituted by the British Columbia Court of Appeal (as the dissenting reasons stated) or whether there was merely specification of a particular of an offence already charged (as the majority reasons stated).

This aside, however, there is another defect in the judgment appealed from. *Criminal Code*, s. 613(4) deals with the powers of a court of appeal upon an appeal from an acquittal. An order for a new trial under s. 613(4)(b)(i) means an order for a full new trial, especially if it is to proceed upon an amended indictment. In the present case, even if the Court of Appeal has the power (and I do not think it has) to substitute a new charge for the one laid, it is wrong for it to force an accused to accept the Crown's case as made under the unamended charge and to direct the accused to put in its evidence. It is not for this Court or any court to say what course counsel for the accused would have taken in the cross-examination of Crown witnesses if the indictment had been in the form directed by the Court of Appeal. There is a further problem here. The accused's alleged co-conspirator was deported from Canada some days before the appeal hearing. Again, it is not for this or any court to guess how this would or could affect the appellant's position, even at a full new trial on the amended indictment.

For all these reasons, the acquittal is restored. This is not a case where this Court finds it neces-

la p. 231; *Dupont v. The Queen* (1958), 123 C.C.C. 386, à la p. 390; *R. v. Elliott*, [1970] 3 C.C.C. 233, à la p. 237. Cette Cour a étudié la question dans l'affaire *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, où dans les motifs de dissidence, à la p. 401, on a adopté le même point de vue, savoir qu'une cour d'appel n'a pas le pouvoir de substituer, par voie de modification, une nouvelle infraction à celle reprochée dans l'acte d'accusation, point de vue approuvé de façon implicite dans les motifs de la majorité, aux pp. 426 et 427. La différence entre les jugements porte sur la question de savoir si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a substitué une nouvelle infraction à l'ancienne, comme on le dit dans les motifs de dissidence, ou si elle a simplement précisé un détail d'une infraction déjà imputée, comme le dit la majorité.

Mis à part cela, toutefois, le jugement contre lequel on se pourvoit comporte encore un vice. Le paragraphe 613(4) du *Code criminel* traite des pouvoirs d'une cour d'appel lorsqu'il s'agit de l'appel d'un acquittement. Une ordonnance portant nouveau procès au sens du sous-al. 613(4)b(i) signifie une ordonnance portant un nouveau procès complet, surtout si ce nouveau procès doit se fonder sur un acte d'accusation modifié. En l'espèce, même si la Cour d'appel détient le pouvoir (et je ne crois pas que ce soit le cas) de substituer une nouvelle accusation à celle portée, elle ne peut à bon droit obliger un accusé d'accepter la preuve à charge relativement à l'accusation non modifiée et ordonner à l'accusé de présenter sa propre preuve. Il n'appartient ni à cette Cour ni à aucune autre de dire comment l'avocat de l'accusé aurait abordé le contre-interrogatoire des témoins à charge si l'acte d'accusation avait été formulé de la façon ordonnée par la Cour d'appel. Il y a un autre problème en l'espèce. Quelques jours avant l'audience en appel, on avait expulsé du Canada le présumé coconspirateur de l'accusé. Je le répète, il n'appartient ni à cette Cour ni à aucune autre de deviner quelle incidence cela aurait ou pourrait avoir sur la position de l'appelant, même à un nouveau procès complet fondé sur l'acte d'accusation modifié.

Pour tous ces motifs, le verdict d'acquittal est rétabli. En l'espèce, cette Cour n'estime pas

sary to give any direction in detail as to how a charge of conspiracy involving breach of foreign criminal law, as envisaged by *Criminal Code*, s. 423(3), should be framed. It is enough to say that the statutory fiction of a conspiracy in Canada in violation of foreign law can only become operative if a breach of the foreign law is charged.

The reasons of McIntyre and Lamer JJ. were delivered by

LAMER J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of the Chief Justice. I also would allow this appeal and quash the order of the Court of Appeal for Manitoba directing that the trial continue before Kennedy Co. Ct. J. to enable the defence to call evidence, if it so wishes, and then determine the issue of guilt. Indeed, the Court of Appeal was not empowered by law to make such an order as set out in the reasons of the Chief Justice.

I also would order that the acquittal be restored, but would predicate this finding on the fact that, in all probability, considering the cumulation of unfortunate procedural events and the fact that the Crown has since deported the alleged co-conspirator, to order a new trial would amount to a miscarriage of justice. I therefore need not make any comment as to the trial judge's decision not to amend the indictment. Furthermore, as s. 423(3) is being considered by this Court in *Bolduc v. The Queen*, I should prefer reserving for that decision any comment as to how a charge of conspiracy involving a breach of foreign criminal law should be framed.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Houston, MacIver, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Department of Justice, Winnipeg.*

nécessaire de donner des directives détaillées quant à la façon de formuler une accusation de complot lorsqu'il s'agit d'une violation du droit criminel étranger, comme l'envisage le par. 423(3) du *Code criminel*. Il suffit de dire que la fiction légale de complot au Canada contrairement à une loi étrangère ne peut jouer que s'il y a une accusation d'infraction à la loi étrangère.

Version française des motifs des juges McIntyre et Lamer rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du Juge en chef. Comme lui, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi et d'infirmier l'ordre de la Cour d'appel du Manitoba portant continuation du procès devant le juge Kennedy de la Cour de comté, pour que la défense puisse, si elle le désire, citer des témoins avant que le juge ne se prononce sur la question de la culpabilité. En fait, comme le dit le Juge en chef dans ses motifs, aucune loi ne confère à la Cour d'appel le pouvoir de rendre pareil ordre.

Je suis également d'avis d'ordonner le rétablissement du verdict d'acquiescement, mais je fonde cette conclusion sur le fait que selon toute vraisemblance, compte tenu de l'accumulation de procédures regrettables et du fait que le gouvernement a procédé dans l'intervalle à l'expulsion du présumé coconspirateur, ce serait l'équivalent d'un déni de justice que d'ordonner un nouveau procès. Je n'ai donc pas besoin de parler de la décision du juge du procès de ne pas modifier l'acte d'accusation. Enfin, comme cette Cour doit examiner le par. 423(3) dans l'affaire *Bolduc c. La Reine*, je préfère réserver pour cette affaire-là mes commentaires sur la façon de formuler une accusation de complot lorsqu'il s'agit d'une violation du droit criminel étranger.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appellant: Houston, MacIver, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

**Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission** *Appellant and cross-respondent;*

and

**CTV Television Network Limited** *Respondent and cross-appellant;*

and

**National Action Committee on the Status of Women, Association of Canadian Television and Radio Artists, Mr. Kevin Hopper, the 1812 Committee, Joint Broadcast Committee, Association of Canadian Advertisers Inc./Institute of Canadian Advertising, the Canadian Film & Television Association, Council of Canadian Filmmakers, Interchurch Communications, the Anglican Church of Canada, the Association of Television Producers and Directors (Toronto)** *Respondents.*

**CTV Television Network Limited** *Appellant and cross-respondent;*

and

**Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission** *Respondent and cross-appellant;*

and

**National Action Committee on the Status of Women, Association of Canadian Television and Radio Artists, Mr. Kevin Hopper, the 1812 Committee, Joint Broadcast Committee, Association of Canadian Advertisers Inc./Institute of Canadian Advertising, the Canadian Film & Television Association, Council of Canadian Filmmakers, Interchurch Communications, the Anglican Church of Canada, the Association of Television Producers and Directors (Toronto)** *Respondents.*

File No.: 16461.

1982: March 16; 1982: April 5.

**Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes** *Appellant et intimé au pourvoi incident;*

<sup>a</sup> et

**CTV Television Network Limited** *Intimée et appelante au pourvoi incident;*

<sup>b</sup> et

**National Action Committee on the Status of Women, Association des artistes canadiens de la télévision et de la radio, M. Kevin Hopper, 1812 Committee, Joint Broadcast Committee, Association canadienne des annonceurs Inc./Institut de la publicité canadienne, l'Association canadienne de cinéma-télévision, Council of Canadian Filmmakers, Interchurch Communications, l'Église anglicane du Canada, Association of Television Producers and Directors (Toronto)** *Intimés.*

<sup>e</sup>

**CTV Television Network Limited** *Appelante et intimée au pourvoi incident;*

et

<sup>f</sup> **Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes** *Intimé et appelant au pourvoi incident;*

<sup>g</sup> et

**National Action Committee on the Status of Women, Association des artistes canadiens de la télévision et de la radio, M. Kevin Hopper, 1812 Committee, Joint Broadcast Committee, Association canadienne des annonceurs Inc./Institut de la publicité canadienne, l'Association canadienne de cinéma-télévision, Council of Canadian Filmmakers, Interchurch Communications, l'Église anglicane du Canada, Association of Television Producers and Directors (Toronto)** *Intimés.*

<sup>j</sup> N° du greffe: 16461.

1982: 16 mars; 1982: 5 avril.

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

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Administrative law — CRTC jurisdiction — Condition on licence renewal — Program control — Whether condition subordinated to the regulation-making power — Whether CRTC failed to give proper notice of particular condition — Executive committee members participating in decision on renewal — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, 1974-75-76 (Can.), c. 49, s. 12.*

*Droit administratif — Compétence du CRTC — Condition applicable au renouvellement de la licence — Contrôle des émissions — La condition est-elle soumise au pouvoir de réglementation? — Le CRTC a-t-il omis de donner adéquatement avis d'une condition particulière? — Membres du comité de direction participant à la décision relative au renouvellement — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) — Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1974-75-76 (Can.), chap. 49, art. 12.*

CTV Television Network applied to the CRTC for the renewal of its broadcasting licence. The CRTC granted the licence on the condition that a specified number of hours of original new Canadian drama be presented during the 1980-81 and 1981-82 seasons. On CTV's appeal, the Federal Court of Appeal held that the CRTC had jurisdiction to impose the condition but set aside the CRTC's decision because of a breach of natural justice since CTV was given inadequate notice of the particular condition being considered and therefore was denied a fair opportunity to make a representation on it. CRTC appealed. CTV cross-appealed, seeking unconditional confirmation of the licence renewal.

CTV Television Network a adressé au CRTC une requête en renouvellement de sa licence de radiodiffusion. Le CRTC a assujéti le renouvellement de la licence à la condition de présenter un nombre déterminé d'heures de nouvelles émissions de théâtre originales pendant les saisons 1980-1981 et 1981-1982. A la suite de l'appel formé par CTV, la Cour d'appel fédérale a conclu que le CRTC avait la compétence nécessaire pour imposer la condition, mais elle a néanmoins annulé la décision du CRTC pour des motifs de manquement à la justice naturelle vu que CTV n'avait pas reçu un avis suffisant et qu'elle ne s'était pas vu offrir une possibilité raisonnable de soumettre ses observations à cet égard. Le CRTC a formé appel. CTV a formé un pourvoi incident en vue d'obtenir l'entérinement inconditionnel du renouvellement de sa licence.

*Held:* The appeal of the CRTC should be allowed. The cross-appeal of CTV Television Network should be dismissed.

*Arrêt:* Le pourvoi du CRTC est accueilli. Le pourvoi incident de CTV Television Network est rejeté.

The broad terms of s. 17(1) authorized the Executive Committee to impose conditions related to the circumstances of the licensee and designed to further the objects of CRTC set out in s. 15 and to implement the broadcasting policy enunciated in s. 3 of the Act. The subject matter of this condition was outside the s. 16(1)(b)(i) regulation-making power, and until the power to make regulations under s. 16(1)(b)(ix) has been exercised the power under s. 17 is not ousted.

Les termes généraux du par. 17(1) permettent au comité de direction d'imposer des conditions propres à la situation du titulaire et conçues de manière à poursuivre les objets du CRTC énoncés à l'art. 15 et à mettre en oeuvre la politique de radiodiffusion énoncée à l'art. 3 de la Loi. L'objet de cette condition ne relève pas du pouvoir de réglementation prévu au sous-al. 16(1)(b)(i) et le pouvoir prévu à l'art. 17 n'est pas exclu jusqu'à ce que le pouvoir d'établir des règlements en vertu du sous-al. 16(1)(b)(ix) ait été exercé.

There was no breach of natural justice. It was sufficient that notice be given of discussions for increased Canadian drama offerings without particulars. The CRTC was not required to give an advance indication of its probable decision.

Il n'y a eu aucun manquement à la justice naturelle. Il suffisait d'aviser, sans donner aucun détail, qu'on discuterait de l'accroissement de la présentation d'émissions de théâtre canadien. Le CRTC n'était pas tenu de donner à l'avance une indication de sa décision probable.

The Executive Committee's decision was not defeasible simply because several and various absences occurred during the hearings, so long as there was a quorum of the Executive Committee involved in the decision. The statute clearly envisages Executive Committee members not on the panel participating in the decision on renewal.

*Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131; *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2; *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344, distinguished; *R. v. Board of Broadcast Governors and the Minister of Transport* (1962), 33 D.L.R. (2d) 449, considered; *Capital Cities Communications Inc. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1981] 2 F.C. 248, (1980) 34 N.R. 50, setting aside a decision of CRTC, CRTC 79-453. Appeal of CRTC allowed. Cross-appeal of CTV Television Network dismissed.

*Thomas G. Heintzman, Q.C., David Hamer and Avrum Cohen*, for the appellant and cross-respondent the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission.

*Edwin A. Goodman, Q.C., and M. K. Robinson*, for respondent and cross-appellant the CTV Television Network Limited.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal by the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (hereinafter referred to as CRTC) and cross-appeal by CTV Television Network Limited (hereinafter referred to as CTV) arise from a judgment of the Federal Court of Appeal of November 10, 1980 which set aside a decision of CRTC of August 3, 1979, renewing CTV's network broadcasting licence for a three-year period from September 30, 1979. The renewal was upon the condition (stated in the licence) "that 26 hours of original new Canadian drama be presented during the 1980-81 broadcasting year, and 39 hours of original new Canadian drama be presented during the 1981-82 season". CTV attacked the imposition of this condition on grounds that will be developed later in these reasons.

La décision du comité de direction n'est pas annulable simplement parce que divers membres se sont absentés au cours de l'audience, pourvu qu'il y ait eu quorum du comité de direction qui a rendu la décision. La loi prévoit clairement que les membres du comité de direction qui ne faisaient pas partie du comité d'audience peuvent prendre part à la décision relative au renouvellement.

Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts: *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131; *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2; *Mehr c. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344; arrêt examiné: *R. v. Board of Broadcast Governors and the Minister of Transport* (1962), 33 D.L.R. (2d) 449; arrêt mentionné: *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1981] 2 C.F. 248, (1980) 34 N.R. 50, qui a annulé une décision du CRTC, CRTC 79-453. Pourvoi du CRTC accueilli. Pourvoi incident de CTV Television Network rejeté.

*Thomas G. Heintzman, c.r., David Hamer et Avrum Cohen*, pour l'appelant et intimé au pourvoi incident, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

*Edwin A. Goodman, c.r., et M. K. Robinson*, pour l'intimée et appelante au pourvoi incident, CTV Television Network Limited.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi formé par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (ci-après appelé le CRTC) et le pourvoi incident formé par CTV Television Network Limited (ci-après appelée CTV) découlent d'un arrêt rendu le 10 novembre 1980 par la Cour d'appel fédérale qui a annulé la décision du CRTC, rendue le 3 août 1979, de renouveler la licence de radiodiffusion du réseau CTV pour une période de trois ans à compter du 30 septembre 1979. Le renouvellement était assujéti à la condition (énoncée dans la licence) de «présenter 26 heures de nouvelles émissions de théâtre originales durant l'année de diffusion 1980-1981, et 39 heures durant l'année 1981-1982». CTV a contesté l'imposition de cette condition pour des raisons que j'exposerai plus loin dans les présents motifs.

The Federal Court of Appeal [1981] 2 F.C. 248 held that the licence renewal was not severable from the condition and that accordingly there should be a reference back to CRTC but subject to a time period for seeking and obtaining a temporary licence pending final determination of the renewal application.

CTV failed substantially in its challenge to the conditioned licence renewal, succeeding only on one point which was held by the Federal Court of Appeal to be sufficient in itself to set aside the decision of the Executive Committee of CRTC made pursuant to s. 17(1)(c) of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11. Although the Federal Court of Appeal concluded, after a review of relevant material, including proceedings at previous licence renewal applications, and written representations by an intervenor, the Council of Canadian Filmmakers, that CTV had ample notice that the imposition of a condition respecting the production of Canadian drama was likely as a term of renewal of CTV's licence it nonetheless also held that there was a failure of natural justice in the failure to give adequate notice, either written or oral, of the particular condition being considered or of even the outlines of it or its limits so as to give CTV a fair opportunity to make representations with respect to it. This was not a case, according to the Federal Court of Appeal, of requiring notice in advance of an intended decision to a party to be affected by it but rather of showing fairness in respect of a contemplated condition which was not spelled out by law even if it was authorized by the governing statute.

In the result, the conditioned renewal decision was set aside. The formal judgment of the Federal Court of Appeal was as follows:

IT IS THIS DAY ORDERED AND ADJUDGED that the said appeal be and it is allowed, that the decision of the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, dated the 3rd day of August, 1979, renewing the appellant's network broadcasting licence for a period of three years from September,

La Cour d'appel fédérale [1981] 2 C.F. 248 a conclu que le renouvellement de la licence n'était pas séparable de la condition et qu'en conséquence, il fallait renvoyer l'affaire au CRTC et fixer un délai pour l'obtention d'une licence temporaire en attendant la décision définitive sur la demande de renouvellement.

CTV n'a pas eu gain de cause sur le fond dans sa contestation du renouvellement conditionnel de sa licence, ne réussissant que sur un point que la Cour d'appel fédérale a jugé suffisant en soi pour annuler la décision du comité de direction du CRTC rendue conformément à l'al. 17(1)(c) de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11. Tout en décidant, après avoir examiné les pièces pertinentes, dont les procès-verbaux relatifs à des demandes de renouvellement antérieures et le mémoire d'un intervenant, le Council of Canadian Filmmakers, que CTV avait été amplement avisée de la possibilité que le renouvellement de sa licence soit assujéti à une condition relative à la production d'émissions de théâtre canadien, la Cour d'appel fédérale a néanmoins également conclu que l'on avait dérogé à la justice naturelle en négligeant de donner un avis suffisant, oral ou écrit, de la condition précise à l'étude ou même de ses grandes lignes ou de sa portée de manière à offrir à CTV une possibilité raisonnable de soumettre ses observations à cet égard. Il ne s'agissait pas, d'après la Cour d'appel fédérale, d'exiger qu'un avis préalable de la décision projetée soit donné à la partie qui serait touchée par cette dernière, mais plutôt de faire preuve d'équité relativement à une condition envisagée qui n'est pas prescrite par une loi même si la loi applicable permet de l'imposer.

En conséquence, la décision qui accordait le renouvellement conditionnel a été annulée. Le dispositif de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale se lit comme suit:

LA COUR ... DIT: l'appel est accueilli; la décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, en date du 3 août 1979, renouvelant la licence de radiodiffusion du réseau de l'appelante pour une durée de trois ans à compter du mois de septembre 1979, est annulée; et la demande de l'appe-

1979, be and it is set aside and that the matter of the appellant's application for renewal of its network broadcasting licence be and it is referred back to the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission for reconsideration and redetermination, according to law after the appellant has been afforded a reasonable opportunity to produce evidence and make representations with respect to conditions, if any, to be imposed on the appellant's licence requiring the presentation of Canadian drama and after such evidence and representations have been duly and fairly considered by the Commission and by its Executive Committee.

There was another point taken by CTV on which the Federal Court of Appeal expressed some doubt but held it to be irrelevant in view of its above-mentioned conclusion. That point, which was pressed in this Court by CTV, was that the full panel of members assigned to hear the licence renewal application was not present throughout the public hearing and, indeed, at one point when the subject of Canadian drama was under discussion only two members of the Executive Committee were present. I shall come to the detail on this issue later and propose now to consider the statutory framework attending the matters in contest between CRTC and CTV. The former appeals against the order of the Federal Court of Appeal on the sole ground on which it was made, but CTV seeks to support the order on wider grounds and, indeed, seeks to have the licence renewal confirmed without the challenged condition.

### The Statutory Framework

Section 3 of the *Broadcasting Act* enunciates a broadcasting policy for Canada, and it is sufficient for the purposes of this appeal to refer to clauses (a) to (d) thereof. They are as follows:

3. It is hereby declared that

(a) broadcasting undertakings in Canada make use of radio frequencies that are public property and such undertakings constitute a single system, herein referred to as the Canadian broadcasting system, comprising public and private elements;

(b) the Canadian broadcasting system should be effectively owned and controlled by Canadians so as to safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada;

lante visant le renouvellement de sa licence de radiodiffusion de réseau est renvoyée au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes pour être examinée et tranchée à nouveau, en conformité du droit, après que l'appelante aura eu une possibilité raisonnable de produire des preuves et de faire entendre ses observations au sujet, le cas échéant, des conditions de sa licence qui exigeront la diffusion d'oeuvres dramatiques canadiennes, et après que ces preuves et observations auront été dûment et équitablement étudiées par le Conseil et par son comité de direction.

CTV a soulevé un autre point au sujet duquel la Cour d'appel fédérale a exprimé certains doutes, mais qu'elle a jugé non pertinent compte tenu de la conclusion susmentionnée. Ce point, sur lequel CTV a insisté en cette Cour, était que tous les membres du Conseil chargés d'entendre la demande de renouvellement de licence n'ont pas assisté à toute l'audience publique et qu'en fait, à un moment donné, lorsqu'on discutait de la question du théâtre canadien, seuls deux membres du comité de direction étaient présents. J'examinerai en détail ce point plus loin mais, pour l'instant, je me propose d'étudier le cadre législatif des questions en litige entre le CRTC et CTV. Le premier, dans son pourvoi contre l'ordre de la Cour d'appel fédérale, ne conteste que le fondement de cet ordre, tandis que CTV cherche à soutenir l'ordre par des moyens plus généraux et tente, en fait, d'obtenir la confirmation du renouvellement de la licence, mais sans la condition contestée.

### g Le cadre législatif

L'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* énonce une politique de radiodiffusion pour le Canada et il suffit, aux fins du présent pourvoi, d'en citer les al. a) à d) que voici:

3. Il est, par les présentes, déclaré

a) que les entreprises de radiodiffusion au Canada font usage de fréquences qui sont du domaine public et que de telles entreprises constituent un système unique, ci-après appelé le système de la radiodiffusion canadienne, comprenant des secteurs public et privé;

b) que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être possédé et contrôlé effectivement par des Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada;



(c) all persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for programs they broadcast but the right to freedom of expression and the right of persons to receive programs, subject only to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned. <sup>a</sup>

(d) the programming provided by the Canadian broadcasting system should be varied and comprehensive and should provide reasonable, balanced opportunity for the expression of differing views on matters of public concern, and the programming provided by each broadcaster should be of high standard, using predominantly Canadian creative and other resources. <sup>b</sup>

I refer next to ss. 15 to 17 of the Act which bring into view the objects of CRTC, its powers and powers of the Executive Committee. I should note that CRTC, consisting of full-time and part-time members, and its Executive Committee are established and appointed pursuant to the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, 1974-75-76* (Can.), c. 49. Section 15 is as follows:

15. Subject to this Act and the *Radio Act* and any directions to the Commission issued from time to time by the Governor in Council under the authority of this Act, the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy enunciated in section 3 of this Act. <sup>f</sup>

Section 16, setting out the powers of the Commission, is in these words:

16. (1) In furtherance of its objects, the Commission, on the recommendation of the Executive Committee, may

- (a) prescribe classes of broadcasting licences; <sup>h</sup>
- (b) make regulations applicable to all persons holding broadcasting licences, or to all persons holding broadcasting licences of one or more classes,

- (i) respecting standards of programs and the allocation of broadcasting time for the purpose of giving effect to paragraph 3(d), <sup>i</sup>
- (ii) respecting the character of advertising and the amount of time that may be devoted to advertising,
- (iii) respecting the proportion of time that may be devoted to the broadcasting of programs, advertisements or announcements of a partisan political <sup>j</sup>

c) que toutes les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté;

d) que la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être variée et compréhensive et qu'elle devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et que la programmation de chaque radiodiffuseur devrait être de haute qualité et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres;

<sup>c</sup> Je citerai ensuite les art. 15 à 17 de la Loi, qui énoncent les objets du CRTC, ses pouvoirs et ceux du comité de direction. Je dois souligner que le CRTC, qui comporte des membres à plein temps et des membres à temps partiel, et son comité de direction sont constitués, et leurs membres nommés, conformément à la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1974-75-76* (Can.), chap. 49. L'article 15 se lit comme suit: <sup>d</sup>

15. Sous réserve de la présente loi, de la *Loi sur la radio* et des instructions à l'intention du Conseil émises, à l'occasion, par le gouverneur en conseil sous l'autorité de la présente loi, le Conseil doit réglementer et surveiller tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne en vue de mettre en oeuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 de la présente loi. <sup>e</sup>

L'article 16, qui énonce les pouvoirs du Conseil, est rédigé en ces termes: <sup>e</sup>

16. (1) Dans la poursuite de ses objets, le Conseil, sur la recommandation du comité de direction, peut

- a) prescrire les classes de licences de radiodiffusion; <sup>h</sup>
- b) établir des règlements applicables à toutes les personnes qui détiennent des licences de radiodiffusion ou aux personnes qui détiennent des licences d'une ou de plusieurs classes et

- (i) concernant les normes des émissions et l'attribution du temps d'émission afin de donner effet à l'alinéa 3d), <sup>i</sup>
- (ii) concernant la nature de la publicité et le temps qui peut y être consacré,
- (iii) concernant la proportion du temps pouvant être consacré à la radiodiffusion d'émissions, annonces ou avis qui exposent la politique d'un parti, et <sup>j</sup>

character and the assignment of such time on an equitable basis to political parties and candidates,

(iv) respecting the use of dramatization in programs, advertisements or announcements of a partisan political character,

(v) respecting the broadcasting times to be reserved for network programs by any broadcasting station operated as part of a network,

(vi) prescribing the conditions for the operation of broadcasting stations as part of a network and the conditions for the broadcasting of network programs,

(vii) with the approval of the Treasury Board, fixing the schedules of fees to be paid by licensees and providing for the payment thereof,

(viii) requiring licensees to submit to the Commission such information regarding their programs and financial affairs or otherwise relating to the conduct and management of their affairs as the regulations may specify, and

(ix) respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects; and

(c) subject to this Part, revoke any broadcasting licence other than a broadcasting licence issued to the Corporation.

(2) A copy of each regulation or amendment to a regulation that the Commission proposes to make under this section shall be published in the *Canada Gazette* and a reasonable opportunity shall be afforded to licensees and other interested persons to make representations with respect thereto.

The Executive Committee, on whose recommendation CRTC acts in execution of its powers under s. 16, is given independent powers under s. 17(1) in the following terms:

17. (1) In furtherance of the objects of the Commission, the Executive Committee, after consultation with the part-time members in attendance at a meeting of the Commission, may

(a) issue broadcasting licences for such terms not exceeding five years and subject to such conditions related to the circumstances of the licensee

(i) as the Executive Committee deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy enunciated in section 3, and

(ii) in the case of broadcasting licences issued to the Corporation, as the Executive Committee deems consistent with the provision, through the Corpora-

l'affectation, sur une base équitable, de ce temps entre les partis politiques et les candidats,

(iv) concernant l'utilisation de mises en scène dans des émissions, annonces ou avis qui exposent la politique d'un parti,

(v) concernant les périodes de radiodiffusion qui doivent être réservées aux émissions de réseau par toute station de radiodiffusion exploitée en tant qu'élément d'un réseau,

(vi) prescrivant les conditions de l'exploitation des stations de radiodiffusion en tant qu'éléments d'un réseau ainsi que les conditions de radiodiffusion des émissions de réseaux,

(vii) fixant, avec l'approbation du conseil du Trésor, les tarifs de droits à acquitter par les titulaires de licences et prévoyant leur paiement,

(viii) astreignant les titulaires de licences à fournir au Conseil les renseignements que peuvent spécifier les règlements en ce qui concerne leurs émissions et leur situation financière ou qui ont quelque autre rapport avec l'expédition et la direction de leurs affaires, et

(ix) concernant telles autres questions qu'il estime nécessaires à la poursuite de ses objets; et

c) sous réserve de la présente Partie, annuler toute licence de radiodiffusion autre qu'une licence de radiodiffusion attribuée à la Société.

(2) Une copie de chaque règlement ou modification de règlement que le Conseil se propose d'établir en vertu du présent article doit être publiée dans la *Gazette du Canada* et on doit fournir aux titulaires de licences et aux autres personnes intéressées la possibilité de soumettre leurs observations à cet égard.

Le comité de direction, dont le CRTC suit les recommandations dans l'exercice des pouvoirs que lui attribue l'art. 16, a des pouvoirs propres en vertu du par. 17(1) dont voici le texte:

17. (1) Dans la poursuite des objets du Conseil, le comité de direction, après avoir consulté les membres à temps partiel qui assistent à une réunion du Conseil, peut

a) attribuer des licences de radiodiffusion pour les périodes d'au plus cinq ans et sous réserve des conditions propres à la situation du titulaire

(i) que le comité de direction estime appropriées pour la mise en oeuvre de la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3, et

(ii) dans le cas de licences de radiodiffusion attribuées à la Société, que le comité de direction juge compatibles avec la fourniture, par l'intermédiaire

tion, of the national broadcasting service contemplated by section 3;

(b) upon application by a licensee, amend any conditions of a broadcasting licence issued to him;

(c) issue renewals of broadcasting licences for such terms not exceeding five years as the Executive Committee considers reasonable and subject to the conditions to which the renewed licences were previously subject or to such other conditions as comply with paragraph (a);

(d) subject to this Part, suspend any broadcasting licence other than a broadcasting licence issued to the Corporation;

(e) exempt persons carrying on broadcasting receiving undertakings of any class from the requirement that they hold broadcasting licences; and

(f) review and consider any technical matter relating to broadcasting referred to the Commission by the Minister of Communications and make recommendations to him with respect to any such matter.

Public hearings are prescribed by s. 19 with respect, *inter alia*, to the issue and renewal of broadcast licences. It is sufficient in this case to refer to s. 19(3), (4), (5) and (7) which in their relevant provisions are as follows:

19. . . .

(3) A public hearing shall be held by the Commission in connection with the renewal of a broadcasting licence unless the Commission is satisfied that such a hearing is not required . . .

(4) The Chairman may direct that a public hearing under this section be heard on behalf of the Commission by two or more members designated by him, of whom at least one shall be a full-time member, and the members so designated have and may exercise for the purpose of such hearing the powers of the Commission set out in subsection (7).

(5) A full-time member designated under subsection (4) in respect of a public hearing may, at any stage thereof, refer the hearing to the Commission and the Commission shall then conduct the hearing.

(7) The Commission has, in respect of any public hearing under this section, as regards the attendance, swearing and examination of witnesses thereat, the production and inspection of documents, the enforcement of

de la Société, du service national de radiodiffusion envisagé par l'article 3;

b) à la demande d'un titulaire de licence, modifier toutes conditions d'une licence de radiodiffusion à lui attribuée;

c) renouveler des licences de radiodiffusion pour les périodes d'au plus cinq ans que le comité de direction estime raisonnables et sous réserve des conditions auxquelles les licences renouvelées étaient antérieurement assujetties ou de toutes autres conditions conformes à l'alinéa a);

d) sous réserve de la présente Partie, suspendre toute licence de radiodiffusion autre qu'une licence de radiodiffusion attribuée à la Société;

e) exempter de la nécessité de détenir des licences de radiodiffusion les personnes qui font exploiter des entreprises de réception de radiodiffusion de toute classe; et

f) examiner et prendre en considération toute question d'ordre technique relative à la radiodiffusion renvoyée au Conseil par le ministre des Communications et lui présenter des recommandations concernant toute question de ce genre.

L'article 19 prescrit la tenue d'audiences publiques en ce qui a trait notamment à l'attribution et au renouvellement de licences de radiodiffusion. Il suffit en l'espèce de citer les par. 19(3), (4), (5) et (7) dont les dispositions pertinentes sont les suivantes:

19. . . .

(3) Le Conseil doit tenir une audition publique au sujet du renouvellement d'une licence de radiodiffusion à moins qu'il ne soit convaincu qu'une telle audition n'est pas nécessaire . . .

(4) Le président peut ordonner qu'une audition publique en vertu du présent article soit tenue pour le compte du Conseil par deux ou plusieurs membres qu'il désigne et dont l'un au moins doit être membre à plein temps. Les membres ainsi désignés ont et peuvent exercer aux fins de cette audition les pouvoirs du Conseil indiqués au paragraphe (7).

(5) Un membre à plein temps désigné en vertu du paragraphe (4) pour une audition publique peut, à tout stade de celle-ci, renvoyer l'affaire devant le Conseil qui doit dès lors procéder à l'audition.

(7) Le Conseil possède, quant à toute audition publique en vertu du présent article, en ce qui a trait à la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins à cette audition, la production et l'examen

its order, the entry of and inspection of property and other matters necessary or proper in relation to such hearing, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

Sections 20 and 21 provide for public notice in the *Canada Gazette* and elsewhere of applications for the issue, amendment or renewal of a broadcasting licence and for rules by CRTC respecting the procedure for making applications and representations and the conduct of hearings under s. 19. It is in pursuance of these rules that interventions are allowed in the public hearings, and was the case here.

Two other relevant provisions of the Act are ss. 25 and 26(5) which read:

**25.** Except as provided in this Part, every decision or order of the Commission is final and conclusive.

**26.** ...

(5) Any minute or other record of the Commission or any document issued by the Commission in the form of a decision or order shall, if it relates to the issue, amendment, renewal, revocation or suspension of a broadcasting licence, be deemed for the purposes of section 25 and this section to be a decision or order of the Commission.

Reference may also be made to s. 12(4) of CRTC's constituent Act. It is in these words:

**12.** ...

(4) Any act or things done or deemed to be done by the Executive Committee in the exercise of the powers or the performance of the duties and functions conferred on it by this Part and the *Broadcasting Act* shall be deemed to be an act or thing done by the Commission.

Under s. 12(1) of CRTC's constituent Act, the Executive Committee consists of the full-time members of CRTC. A majority of the full-time members constitutes a quorum of the Executive Committee, as provided by s. 12(2). Under s. 3 CRTC is to consist of not more than nine full-time members and not more than ten part-time members, all members being Governor in Council appointees.

de documents, l'exécution de ses ordonnances, l'accès aux biens et leur inspection et à toute autre chose nécessaire ou opportune en ce qui concerne une telle audition, tous les pouvoirs, droits et privilèges qui sont reconnus à une cour supérieure d'archives.

Les articles 20 et 21 prévoient la publication d'avis dans la *Gazette du Canada* et ailleurs concernant les demandes d'attribution, de modification ou de renouvellement d'une licence de radiodiffusion et l'établissement par le CRTC de règles relatives à la procédure de présentation des demandes et des observations, ainsi qu'à la tenue des audiences en vertu de l'art. 19. C'est en vertu de ces règles que des interventions sont permises lors des audiences publiques, comme ce fut le cas en l'espèce.

Deux autres dispositions de la Loi sont pertinentes, ce sont l'art. 25 et le par. 26(5) qui se lisent comme suit:

**25.** Sauf en cas de disposition expresse dans la présente Partie, toute décision ou ordonnance du Conseil est définitive et péremptoire.

**26.** ...

(5) Toute minute ou autre pièce du Conseil ou tout document qu'il émet sous forme de décision ou d'ordonnance, s'il concerne l'attribution, la modification, le renouvellement, l'annulation, ou la suspension d'une licence de radiodiffusion, est censé, aux fins de l'article 25 et du présent article, être une décision ou une ordonnance du Conseil.

On peut également citer le par. 12(4) de la Loi créant le CRTC, qui est rédigé en ces termes:

**12.** ...

(4) Les actes ou choses que le comité de direction accomplit ou qu'il est réputé accomplir dans l'exercice des pouvoirs ou l'accomplissement des devoirs et fonctions que la présente Partie et la *Loi sur la radiodiffusion* lui confèrent sont censés avoir été accomplis par le Conseil.

Selon le par. 12(1) de la Loi constitutive du CRTC, le comité de direction est composé des membres à plein temps du CRTC. Le paragraphe 12(2) prévoit que le quorum du comité de direction est formé par la majorité des membres à plein temps. Selon l'art. 3, le CRTC se compose d'au plus neuf membres à plein temps et de dix membres à temps partiel, tous nommés par le gouverneur en conseil.

I turn now to an examination of the powers and functions of the Executive Committee and the members designated in this case to hear CTV's application for renewal of its licence. Pursuant to s. 19(4), the public hearing was put in charge of a panel of six, consisting of four full-time members and two part-time members. There is nothing in the *Broadcasting Act* that deals expressly with any powers of the hearing panel other than what is imported under s. 19(3) (respecting the holding of a public hearing in connection with the renewal of a broadcasting licence) and what is implicit in the relevant terms of s. 17(1). The hearing panel does not make the decision on licence renewal; rather it is the Executive Committee (or at least the prescribed quorum thereof) "after consultation with the part-time members in attendance at a meeting of the Commission". Since not all members of the Executive Committee were part of the hearing panel nor all part-time members, it is obviously envisaged that those who did not participate in the hearing would have access to transcripts of the proceedings. It is further envisaged by s. 17(1) that the decision on renewal would be considered at a meeting of CRTC at which part-time members who were present would be consulted. The statute does not oblige the Executive Committee to make its decision at that time but it could do so if it was then ready with it.

What then does this say about the relation of the hearing panel to the Executive Committee? The former reports to the latter. I confess to finding it a curious device that under s. 19(3) a public hearing respecting the renewal of a licence is, unless dispensed with by CRTC, to be held by CRTC, subject to the chairman's power under s. 19(4) to designate a hearing panel to act on behalf of the Commission. Yet it is the Executive Committee that actually makes the decision on renewal. However, they are all the full-time members of CRTC and would be expected to be aware of all the proceedings on foot respecting issue, amendment or renewal of licences.

Je vais maintenant étudier les pouvoirs et le rôle du comité de direction et des membres désignés en l'espèce pour entendre la demande de renouvellement de licence présentée par CTV. Conformément au par. 19(4), l'audience publique a été confiée à six personnes, dont quatre membres à plein temps et deux membres à temps partiel. Il n'y a, dans la *Loi sur la radiodiffusion*, aucune disposition qui attribue expressément au comité d'audience des pouvoirs s'ajoutant à ce qui est prévu au par. 19(3) (concernant la tenue d'une audience publique portant sur le renouvellement d'une licence de radiodiffusion) et à ce qui est implicite dans les dispositions pertinentes du par. 17(1). Le comité d'audience ne rend pas la décision sur le renouvellement d'une licence; cela est plutôt fait par le comité de direction (ou tout au moins par ses membres qui forment le quorum prescrit) «après avoir consulté les membres à temps partiel qui assistent à une réunion du Conseil». Etant donné que tous les membres du comité de direction ne font pas partie du comité d'audience, pas plus que tous les membres à temps partiel, il est clairement prévu que ceux qui n'ont pas participé à l'audience ont accès au procès-verbal de l'audience. Le paragraphe 17(1) prévoit en outre que la décision portant sur le renouvellement est étudiée à une réunion du CRTC où sont consultés les membres à temps partiel qui y assistent. La Loi n'oblige pas le comité de direction à rendre sa décision à ce moment-là, mais il le peut s'il est prêt à le faire.

Alors, en quoi cela nous renseigne-t-il sur la relation qui existe entre le comité d'audience et le comité de direction? Le premier fait rapport au second. J'avoue que je trouve étrange qu'en vertu du par. 19(3) le CRTC doive, à moins qu'il ne la juge inutile, tenir une audience publique portant sur un renouvellement de licence, sous réserve du pouvoir qu'a le président, en vertu du par. 19(4), de désigner un comité d'audience qui agit pour le compte du Conseil. Malgré tout, c'est le comité de direction qui rend effectivement la décision au sujet du renouvellement. Toutefois, il est composé de tous les membres à plein temps du CRTC et l'on s'attendrait à ce qu'ils soient au fait de toutes les procédures en cours relativement à l'attribution, à la modification et au renouvellement de licences.

### The Issues

The principal submission made by CTV relating to the question whether the challenged condition could be or was validly imposed failed before the Federal Court of Appeal. Before addressing myself to it, I wish to clear out a number of subsidiary submissions which were also rejected and, in my opinion, rightly so. One was an allegation of discrimination which is without merit, even though there was an attempt to associate it with the referentially incorporated requirement under s. 17(1)(a) that a condition be "related to the circumstances of the licensee". The Federal Court of Appeal dealt at some length with this element and concluded that it could not be said that there were no circumstances to which the challenged condition related or that the Executive Committee did not base its decision on them. This is enough to dispose of this matter although I am myself of the opinion that the relation to the circumstances of the licensee imports, in context, a large element of discretion in the Executive Committee, a matter of judgment rather than any obligation of fact-finding.

Another submission rejected by the Federal Court of Appeal was that by seeking to control or regulate the content of programs the Executive Committee was in violation of s. 3(c) respecting the right to freedom of expression. The Federal Court of Appeal pointed out that no restrictions were imposed on freedom of expression in the drama requirements of the condition and, in my opinion, it was correct in concluding that s. 3(c) (even taken at its widest) was not violated.

The Federal Court of Appeal also considered and dismissed a CTV contention that because the subject matter of the condition was allegedly dealt with by provisions respecting non-Canadian programs in CRTC regulations, the challenged condition in this case was invalidly introduced. I agree with the Federal Court of Appeal that the regulations concerned time allocation and, moreover, there was nothing in them that conflicted with the condition or even dealt with its subject matter. Indeed, the Court said that the subject matter of the condition did not come within the regulation-

### Les points en litige.

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument principal soumis par CTV quant à savoir si la condition contestée pouvait être ou a été valablement imposée. Avant de l'aborder, je tiens à écarter un certain nombre d'arguments subsidiaires qui ont aussi été rejetés, avec raison à mon avis. L'un de ceux-ci est l'allégation de discrimination qui est sans fondement, même si l'on a tenté de l'associer à l'exigence, incluse sous forme de renvoi dans l'al. 17(1)a), que la condition soit «propre à la situation du titulaire». La Cour d'appel fédérale a examiné assez longuement ces éléments de la situation et elle a conclu qu'on ne pouvait pas affirmer qu'ils ne faisaient pas partie de la situation de l'appelante à laquelle la condition contestée se rapportait ni que le comité de direction n'a pas fondé sa décision sur ceux-ci. Cela suffit pour trancher la question même si, pour ma part, j'estime que le rapport avec la situation du titulaire comporte, dans le contexte, une large mesure de latitude de la part du comité de direction, ce qui est une question d'appréciation plutôt qu'une obligation de constater des faits.

Un autre argument rejeté par la Cour d'appel fédérale est celui qu'en voulant contrôler ou régler le contenu des émissions, le comité de direction contrevient à l'al. 3c) relatif au droit à la liberté d'expression. La Cour d'appel fédérale a souligné que la condition exigeant la présentation d'émissions théâtrales n'imposait aucune restriction à la liberté d'expression et, à mon avis, elle a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas d'infraction à l'al. 3c) (même interprété de la façon la plus libérale).

La Cour d'appel fédérale a aussi étudié et rejeté la prétention de CTV selon laquelle, parce que l'objet de la condition serait traité par les dispositions relatives aux émissions non canadiennes dans les règlements du CRTC, l'ajout de la condition contestée est invalide. Je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale que les règlements visent l'attribution du temps d'émission et que, de plus, ils ne comportent aucune disposition qui soit incompatible avec la condition ou même qui vise son objet. En effet, la Cour a affirmé que l'objet de la condition ne relève pas du pouvoir de réglementa-

making power under s. 16(1)(b)(i). Nor do I think that the condition is embraced in the regulation-making power s. 16(1)(b)(iv), as was argued in this Court; in any event, it was not suggested that there were regulations under this head relating to the subject matter of the challenged condition.

An argument was mounted in this Court on an alleged infraction of the principle expressed in *Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131. Apart from an oblique reference to the *Brant Dairy* case in the dissenting opinion of Pigeon J. in *Capital Cities Communications Inc. v. C.R.T.C.*, [1978] 2 S.C.R. 141, at p. 190, I find nothing in the *Brant Dairy* case that is relevant to the issues (indeed, to the principal issue, shortly to be considered) here. The *Brant Dairy* case was concerned with an attempted delegation to a subordinate agency of power conferred upon a senior agency, the power being exercised (improperly, as held by this Court) by a wholesale delegation thereof in the same terms in which it was imposed. That is not this case, where there is specification of regulation-making power in CRTC and licensing power in the Executive Committee. What counsel for CTV appeared to contend was that the regulation-making power embraced what was provided by the condition and in that, somewhat remote, sense the Executive Committee was given power by delegation in the terms in which it had been reposed in CRTC. I disagree with this attempted application of the *Brant Dairy* case. Either the Executive Committee has the power it exercised in imposing the condition or it did not. If not, the matter turned on construction of the relevant provisions of ss. 16 and 17 and not on any principles of delegation and subdelegation.

There was also a contention based on an alleged want of consonance between the decision of the Executive Committee and the licence terms, and a previous resolution by the Executive Committee. This was sought to be fortified by charging vagueness and uncertainty. I must confess inability to follow this latter point if the power asserted existed. Surely, if there was any doubt about the terms

tion prévu au sous-al. 16(1)(b)(i). Je ne crois pas non plus que la condition soit visée par le pouvoir de réglementation prévu au sous-al. 16(1)(b)(iv), comme on l'a soutenu en cette Cour; de toute façon, on n'a pas soutenu qu'il y avait des règlements à ce chapitre qui visent l'objet de la condition contestée.

On a allégué en cette Cour qu'il y avait eu infraction au principe exprimé dans l'arrêt *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131. Sauf une mention indirecte de l'arrêt *Brant Dairy* dans les motifs de dissidence du juge Pigeon dans l'arrêt *Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la p. 190, je ne vois rien dans l'arrêt *Brant Dairy* qui s'applique aux questions en litige en l'espèce (encore moins à la question principale que j'aborderai un peu plus loin). L'arrêt *Brant Dairy* porte sur la tentative de déléguer à un organisme subordonné un pouvoir attribué à un organisme supérieur, ce pouvoir étant exercé (à tort, selon l'arrêt de cette Cour) en vertu d'une délégation générale comportant les mêmes modalités d'exercice. Ce n'est pas le cas en l'espèce où l'on confère expressément un pouvoir de réglementer au CRTC et un pouvoir d'attribuer des licences au comité de direction. Ce que l'avocat de CTV semble avoir soutenu c'est que le pouvoir de réglementer s'applique au contenu de la condition et dans ce sens plutôt vague, ce pouvoir a été délégué au comité de direction suivant les mêmes modalités d'exercice que celles applicables au CRTC. Je ne suis pas d'accord avec cette tentative d'application de l'arrêt *Brant Dairy*. Soit que le comité de direction a le pouvoir qu'il a exercé en imposant la condition, soit qu'il ne l'a pas. S'il ne l'a pas, la question repose sur l'interprétation des dispositions pertinentes des art. 16 et 17 et non sur un principe quelconque de délégation et de subdélégation.

On a également soutenu qu'il y aurait incompatibilité entre la décision du comité de direction, les modalités de la licence et une résolution antérieure du comité de direction. On a cherché à renforcer cet argument en invoquant l'imprécision et le manque de clarté. Je dois avouer que je suis incapable de suivre ce dernier raisonnement si le pouvoir revendiqué existe. Certes, s'il y avait eu des

of the condition, it was open to resolution by referring the doubt to the Executive Committee for clarification. As asserted here, the claim of uncertainty appeared to treat the Executive Committee's decision as if the condition therein was a condition in a common law conveyance of land. I find no merit in the assertion of uncertainty.

The want of consonance between the decision, the actual licence and the resolution was based on the fact that the condition appears to be less restrictive in the licence than in the decision and in the resolution, a matter not unfavourable to CTV. The decision on the point reads as follows:

Accordingly, it will be a condition of the renewal of the CTV network licence that 26 hours of original new Canadian drama be presented during the 1980-81 broadcasting year, and 39 hours of original new Canadian drama be presented during the 1981-82 season. In planning and developing the necessary pilots for these dramatic programs or series, a minimum of 50% should be entirely domestic, rather than co-productions with foreign partners. The primary orientation should be on Canadian themes and the contemplated production should be intended for telecasting in the peak viewing periods of the evening schedule.

The licence renewal stated the condition in these terms:

It is a condition of this licence that 26 hours of original new Canadian drama be presented during the 1980-81 broadcasting year, and 39 hours of original new Canadian drama be presented during the 1981-82 season.

The resolution upon which CTV dwelt was that adopted at a meeting of the Executive Committee on May 3 and 4, 1979, when it provided for renewal of CTV's licence,

... subject to the condition that CTV introduce twenty-six (26) hours of new Canadian drama, in Television Program Categories 7, 9 and 11 in the 1980-81 season and thirty-nine (39) hours on the 1981-82 season.

Although the Federal Court of Appeal did not deal directly with the resolution, it treated the condition as that set out in the licence renewal, saying at the same time that it saw no difference of substance between it and the decision. I am of

doutes quant à la teneur de la condition, il aurait été possible de les dissiper en demandant des précisions au comité de direction. De par sa formulation en l'espèce, l'argument fondé sur le manque de clarté semble traiter la décision du comité de direction comme si la condition qui y est énoncée était une condition applicable à la cession d'un bien-fonds en *common law*. Je considère non fondé l'argument du manque de clarté.

L'incompatibilité entre la décision, la licence elle-même et la résolution tient à ce que la condition semble moins restrictive dans la licence que dans la décision et la résolution, ce qui n'est pas au désavantage de CTV. La décision à ce propos se lit ainsi:

Par conséquent, comme condition de renouvellement de sa licence, le réseau CTV devra présenter 26 heures de nouvelles émissions de théâtre originales durant l'année de diffusion 1980-1981, et 39 heures durant l'année 1981-82. Lors de la planification et de la production des émissions pilotes requises pour ces émissions ou ces séries de théâtre, au moins 50% du matériel devra être entièrement canadien, plutôt que des coproductions avec des partenaires étrangers. On devrait s'orienter surtout vers des thèmes canadiens et envisager de diffuser ces productions aux périodes de pointe de l'horaire de la soirée.

Le renouvellement de la licence énonce la condition en ces termes:

Par conséquent, comme condition de renouvellement de sa licence, le réseau CTV devra présenter 26 heures de nouvelles émissions de théâtre originales durant l'année de diffusion 1980-1981, et 39 heures durant l'année 1981-1982.

La résolution sur laquelle CTV a insisté a été adoptée lors d'une réunion du comité de direction tenue les 3 et 4 mai 1979, au moment de pourvoir au renouvellement de la licence de CTV.

[TRADUCTION] ... à la condition que CTV présente vingt-six (26) heures de nouvelles émissions de théâtre canadien, dans les catégories d'émissions de télévision 7, 9 et 11 durant l'année 1980-81 et trente-neuf heures (39) durant l'année 1981-1982.

Même si la Cour d'appel fédérale n'a pas abordé directement la résolution, elle a considéré que la condition est celle énoncée dans le renouvellement de licence, affirmant par la même occasion qu'elle ne voyait aucune différence de fond entre celle-ci



the same opinion and find it strange that CTV should complain of less onerous terms (there being no reference in the decision or licence to program categories 7, 9 and 11, assuming that this made some difference in what was prescribed) in the decision and licence than what was originally stated in the resolution.

This brings me to CTV's principal submission which was that CRTC (or its Executive Committee) exceeded its jurisdiction in imposing the challenged condition because (1) control of program content, if permitted under s. 3, could only be by regulation and (2) s. 17, if it purported to provide for program content, was subordinate to the regulation-making authority under s. 16 in that respect.

The Federal Court of Appeal dealt at some length with the jurisdictional objection to the imposition of the condition, canvassing ss. 3, 15, 16 and 17. Thurlow C.J., speaking for the Court, put the matter as follows [at p. 254]:

The authority conferred by section 17 to further the objects of the Commission is a broad one. Under it, for the purpose of regulating and supervising all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the policy enunciated in section 3, the Executive Committee may issue, amend at the request of the licensee, renew or suspend broadcasting licences or may exempt persons carrying on broadcasting receiving licences from the requirement of having a licence. For the same purpose when issuing or renewing a licence, the Committee may make the licence subject to such conditions related to the circumstances of the licensee as the Committee deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy enunciated in section 3. *Prima facie* it seems to be well within the power of the Committee under section 17, when renewing the appellant's licence, to impose a condition designed to further one of the objects of the broadcasting policy, provided the condition is one that is "related to the circumstances of" the appellant and provided that its imposition is not contrary to the Act or to a regulation that has been made in exercise of the power to make regulations contained in section 16. As I see it, the question to be determined at this point is thus, whether section 16 or the regulations made under it have the effect of withdrawing from the broad scope of the power of the

et la décision. Je suis du même avis et je trouve étrange que CTV se plaigne de la présence de termes moins onéreux (les catégories d'émissions 7, 9 et 11 n'étant mentionnées ni dans la décision ni dans la licence, en supposant que cela modifie d'une manière quelconque ce qui est prescrit) dans la décision et la licence que dans l'énoncé initial de la résolution.

Cela m'amène à discuter de l'argument principal de CTV, selon lequel le CRTC (ou son comité de direction) a outrepassé ses pouvoirs en imposant la condition contestée parce que (1) le contrôle du contenu des émissions, s'il est permis par l'art. 3, ne peut se faire que par voie de règlement et (2) l'art. 17, s'il est censé porter sur le contenu de la programmation, est subordonné au pouvoir de réglementation conféré à cet égard par l'art. 16.

La Cour d'appel fédérale a étudié longuement l'objection relative au pouvoir d'imposer la condition en examinant les art. 3, 15, 16 et 17. Le juge en chef Thurlow, s'exprimant au nom de la cour, a présenté la question ainsi [à la p. 254]:

Le pouvoir conféré par l'article 17 pour la poursuite des objets du Conseil est large. Dans l'exercice de ce pouvoir, pour réglementer et surveiller tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne en vue de mettre en oeuvre la politique de radiodiffusion énoncée à l'article 3, le comité de direction peut attribuer, renouveler, suspendre ou, à la demande d'un titulaire de licence, modifier les licences de radiodiffusion ou exempter de la nécessité de détenir des licences les personnes qui font exploiter des entreprises de réception de radiodiffusion. Dans le même but, lorsqu'il attribue ou renouvelle une licence, le comité peut assortir la licence de conditions propres à la situation du titulaire pour la mise en oeuvre de la politique de radiodiffusion énoncée à l'article 3. A première vue, il semble que l'article 17 confère au comité tout le pouvoir voulu pour imposer, lors du renouvellement de la licence de l'appelante, une condition conçue pour favoriser la poursuite d'un des objets de la politique de radiodiffusion, à condition qu'elle soit «propre à la situation» de l'appelante et à condition que son imposition ne soit pas contraire à la Loi ou à un règlement adopté en application du pouvoir de réglementation prévu à l'article 16. Selon moi, la question à trancher à ce stade-ci consiste à savoir si l'article 16 ou ses règlements d'application ont pour effet d'enlever au comité, malgré les vastes pou-

Committee under section 17, the authority to impose the condition here in question.

Referring to and quoting s. 16, the learned Chief Justice went on as follows [at pp. 255-56]:

It will be observed that while the authority to make regulations under this section is also related to the furtherance of the objects of the Commission, the subject-matter that may be dealt with by regulations made under it is, except under subparagraph 16(1)(b)(ix), limited to prescribing classes of broadcasting licences and to particular subjects. Among these, however, is subparagraph 16(1)(b)(i), which authorizes the making of regulations respecting "standards of programs" and "the allocation of broadcasting time" for the purpose of giving effect to paragraph 3(d). When the wording of subparagraph 16(1)(b)(i) is compared with that of paragraph 3(d) it becomes apparent that what may be the subject of regulations under subparagraph 16(1)(b)(i) does not cover the whole of what is embraced in paragraph 3(d) but only the "standards of programs" and "the allocation of broadcasting time" for the purposes described in paragraph 3(d). It would not, in my opinion, be within this power to make regulations requiring licensees to present original new Canadian drama or any other particular type of programs simply by allocating times for its presentation or by prescribing programming standards to which the drama or other program must conform. It follows in my opinion that if the CRTC has power to require the presentation of original new Canadian drama at all, such power is not found in the authority to make regulations under subparagraph 16(1)(b)(i). Nor is it a subject that is covered by the Non-Canadian Program provisions in the present Television Broadcasting Regulations, C.R.C. 1978, Vol. IV, c. 381.

It was not argued that the subject could properly be dealt with by regulations under subparagraph 16(1)(b)(ix), but assuming that it could be, I think it is apparent from the reference in that subparagraph to "the furtherance of its objects" and the reference to the same objects in section 17, that at least until the power to make regulations under subparagraph 16(1)(b)(ix) has been exercised, the power under section 17 to deal with the subject-matter on an individual basis is not ousted by subparagraph 16(1)(b)(ix).

Once the subject-matter of the condition is seen to be outside the regulation-making power of subparagraph 16(1)(b)(i) and is not dealt with in regulations made under subparagraph 16(1)(b)(ix), it is apparent that if

voirs qui lui sont conférés par l'article 17, le pouvoir d'imposer la condition en cause.

Après avoir mentionné et cité l'art. 16, le Juge en chef poursuit [aux pp. 255 et 256]:

A noter que bien que le pouvoir d'établir des règlements en vertu de cet article soit également relié à la poursuite des objets du Conseil, les règlements adoptés en application de cet article, sauf ceux qui le sont en application du sous-alinéa 16(1)b(ix), doivent se limiter à la prescription de classes de licences de radiodiffusion et à des questions particulières. On trouve toutefois parmi celles-ci le sous-alinéa 16(1)b(i) qui autorise l'établissement de règlements concernant les «normes des émissions» et «l'attribution du temps d'émission» afin de donner effet à l'alinéa 3d). Si l'on compare le libellé du sous-alinéa 16(1)b(i) avec celui de l'alinéa 3d), il devient manifeste que ce qui peut faire l'objet de règlements adoptés en application du sous-alinéa 16(1)b(i) ne comprend pas tout ce qui est visé par l'alinéa 3d) mais uniquement les «normes des émissions» et «l'attribution du temps d'émission» pour les objets énoncés à l'alinéa 3d). D'après moi, ce pouvoir ne donnerait pas le droit d'établir des règlements exigeant que les titulaires de licences présentent de nouvelles émissions de théâtre originales ou quelque autre genre d'émission simplement en attribuant du temps d'émission pour leur présentation ou en prescrivant des normes d'émission auxquelles les émissions de théâtre ou d'un autre genre devraient se conformer. Il s'ensuit d'après moi que si le CRTC a le pouvoir d'exiger la présentation de nouvelles émissions de théâtre originales, ce pouvoir ne découle pas du pouvoir de réglementation prévu au sous-alinéa 16(1)b(i). Ni est-ce un sujet visé par les dispositions relatives aux émissions non canadiennes de l'actuel *Règlement sur la télédiffusion*, C.R.C. 1978, Vol. IV, c. 381.

On n'a pas prétendu que la question pouvait valablement faire l'objet de règlements adoptés en vertu du sous-alinéa 16(1)b(ix), mais en présumant qu'elle pourrait l'être, je crois qu'il ressort manifestement de la mention dans ce sous-alinéa de «la poursuite de ses objets» et de la mention de ces mêmes objets à l'article 17, qu'au moins jusqu'à ce que le pouvoir d'établir des règlements en application du sous-alinéa 16(1)b(ix) ait été exercé, le pouvoir prévu au sous-alinéa 16(1)b(ix) ne l'emporte pas sur le pouvoir prévu à l'article 17 de réglementer la question sur une base individuelle.

Lorsqu'on a déterminé que l'objet de la condition ne relève pas du pouvoir de réglementation prévu au sous-alinéa 16(1)b(i) et qu'il n'a pas fait l'objet de règlements adoptés en application du sous-alinéa 16(1)b(ix),

the CRTC has power to deal with it at all it must be by the route of imposing a licence condition under section 17, which, as I have pointed out, is by its terms broad enough for that purpose.

I agree with this treatment of CTV's principal submission. Counsel for CTV sought support in *CKOY Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 2 for his contention that program content was subsumed under s. 16(1)(b)(i) which authorizes regulations respecting, *inter alia*, standards of programs. The *CKOY* case turned on other considerations, but in recognizing that standards of programs include program content it merely reflected the broad interpretation given to the *Broadcasting Act* and to the powers thereunder vested in CRTC and in the Executive Committee respectively under ss. 16 and 17. I see nothing in the Act that precludes the Executive Committee from imposing the kind of condition of licence renewal that it imposed here when it was authorized under s. 17(1) to further the objects of CRTC set out in s. 15 and to implement the broadcasting policy enunciated in s. 3. Moreover, even if it could be said that a condition cannot be imposed under s. 17(1)(c) in violation of a regulation promulgated under s. 16(1)(b)(i), there is no such situation that exists here.

#### The Notice Issue on Which CTV Succeeded in the Federal Court of Appeal

As already noted, although the Federal Court of Appeal held that CTV had ample notice, in the light of previous decisions on renewal applications, that an increase in offerings of Canadian drama would be discussed, the Court nonetheless went on to hold that CTV should have been given notice of and a fair opportunity to contest the particular condition contemplated in respect of Canadian drama presentations. I am unable to appreciate how the failure to give previous notice of particulars and an opportunity to contest a contemplated condition of a licence goes to jurisdiction as a failure of natural justice. CTV was aware of earlier dissatisfaction of CRTC with its performance in respect of Canadian drama and it promised in earlier applications improvement in that respect.

il est évident que si le CRTC a le pouvoir d'adopter des règlements à cet égard, la seule façon de le faire est d'assortir la licence d'une condition en vertu de l'article 17. Comme je l'ai fait remarquer, son libellé est assez large pour ce faire.

Je souscris à cette façon de trancher l'argument principal de CTV. L'avocat de CTV a invoqué l'arrêt *CKOY Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 2, à l'appui de sa prétention que le contenu des émissions est subsumé sous le sous-al. 16(1)(b)(i) qui permet notamment la réglementation des normes des émissions. L'arrêt *CKOY* repose sur d'autres considérations, mais en reconnaissant que les normes des émissions incluent le contenu des émissions, il ne fait que refléter l'interprétation large donnée à la *Loi sur la radiodiffusion* et aux pouvoirs qu'elle confère, aux art. 16 et 17 respectivement, au CRTC et au comité de direction. Je ne vois rien dans la Loi qui empêche le comité de direction d'imposer le genre de condition dont il a assorti le renouvellement de licence en l'espèce alors que le par. 17(1) l'autorise à poursuivre les objets du CRTC énoncés à l'art. 15 et à mettre en oeuvre la politique de radiodiffusion énoncée à l'art. 3. De plus, même si on pouvait affirmer qu'il n'est pas possible d'imposer une condition en vertu de l'al. 17(1)(c) à l'encontre d'un règlement pris en vertu du sous-al. 16(1)(b)(i), ce n'est pas le cas en l'espèce.

#### Le moyen relatif à l'avis, sur lequel CTV a eu gain de cause en Cour d'appel fédérale

Comme je l'ai déjà souligné, même si la Cour fédérale d'appel conclut que CTV avait été amplement avisée, compte tenu des décisions précédentes sur les demandes de renouvellement, qu'on discuterait d'un accroissement de la présentation d'émissions de théâtre canadien, la cour a néanmoins ajouté que CTV aurait dû être avisée de la condition particulière envisagée quant aux émissions de théâtre canadien et se voir offrir une possibilité suffisante de la contester. Je ne puis voir comment l'omission de donner préavis des détails d'une future condition de licence et de donner la possibilité de la contester peut mettre en cause la compétence pour des motifs de manquement à la justice naturelle. CTV savait que le CRTC était mécontent de son rendement en matière de théâtre cana-

Moreover, two intervenors had raised the question of attaching a content condition in their written representations. There had been some discussion on it at the public hearing and CTV had been given an opportunity to reply in writing.

I do not see therefore how CTV can assert or the Federal Court of Appeal could find a failure of natural justice in the specification of the particular condition that was in fact included as a term of licence renewal. This is not a case where CTV was being required to answer a criminal or penal charge or where some property right was in jeopardy, or where punishable misconduct was alleged, but where it was seeking an indulgence. To be fair, it was entitled to expect that its licence would be renewed but not without terms relating to presentation of Canadian drama. The line is too narrow between notice that increased Canadian drama offerings would be discussed (such notice having been amply given) and notice of what in particular would be required in that respect as a condition of licence renewal. Even if such a line could properly be drawn, I do not think that there is a duty on CRTC to give an advance indication of its probable decision in the particularity stated by the Federal Court of Appeal. An applicant seeking a statutory privilege has no right to know in advance of a probable decision unless the statute commands it or the administering tribunal wishes to disclose it. It cannot be said that CTV was being misled here or had not the slightest reason to apprehend the likelihood of a condition such as that attached here to the licence renewal. Conditions had been attached before, although not relating to content and CTV was well aware of this power of CRTC when renewing licences.

Without enlarging on this matter in the detail canvassed in the factum of CRTC, it is my opinion that the order of the Federal Court of Appeal should be set aside and, subject to the last point

dien et elle avait promis dans des demandes antérieures d'apporter des améliorations à ce chapitre. De plus, deux intervenants avaient soulevé, dans leurs mémoires, la question d'imposer une condition relative au contenu. On en a discuté à l'audience publique et CTV avait eu la possibilité de produire une réponse écrite.

Je ne vois donc pas comment CTV peut alléguer et la Cour d'appel fédérale a pu constater un manquement à la justice naturelle dans la formulation de la condition dont on a effectivement assorti le renouvellement de la licence. Il ne s'agit pas d'une affaire où CTV doit répondre à une accusation pénale ou criminelle, où un droit de propriété est menacé et où il y a allégation d'inconduite répréhensible, mais plutôt d'un cas où CTV demande une faveur. A vrai dire, CTV pouvait s'attendre à ce que sa licence soit renouvelée, mais non sans être assortie de modalités quant à la présentation d'émissions de théâtre canadien. La distinction est trop ténue entre l'avis qu'on discuterait de l'accroissement de la présentation d'émissions théâtrales canadiennes (cet avis ayant été tout à fait adéquat) et l'avis portant sur ce qui serait précisément requis à cet égard comme condition de renouvellement de la licence. Même s'il était possible de bien faire une telle distinction, je ne crois pas qu'il incombe au CRTC de donner à l'avance une indication de sa décision probable de la manière énoncée par la Cour d'appel fédérale. Le requérant qui demande un privilège prévu par la loi n'a pas le droit de connaître à l'avance la décision probable à moins que la loi ne l'exige ou que le tribunal administratif qui rend la décision ne consente à la révéler. On ne peut pas dire que CTV a été induite en erreur en l'espèce ou qu'elle n'avait pas la moindre raison de s'attendre à une condition du genre de celle dont le renouvellement de sa licence a été assorti. Des conditions, même si elles ne portaient pas sur le contenu, avaient été imposées auparavant et CTV était bien au fait du pouvoir du CRTC de le faire à l'occasion du renouvellement d'une licence.

Sans m'attarder sur ce point avec autant de minutie que le mémoire du CRTC, je suis d'avis d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel fédérale et, sous réserve du dernier moyen soulevé dans le

raised in this appeal, the decision of CRTC and the conditioned licence renewal should be restored.

### The Composition of the Hearing Panel During the Hearings

The question here is, to put it briefly, whether this Court's decision in *Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344 and a principle reflected therein should be applied in this case. In the *Mehr* case, which arose out of a disciplinary proceeding against a barrister and solicitor, there had been a wrongful reception of evidence by the Discipline Committee which was held to be enough to quash the proceedings but this Court went on to say that only those members of the Discipline Committee who heard the evidence at the inquiry should participate in the decision.

In the present case the hearing panel consisted of six members of CRTC, four full-time members and two part-time members. On three occasions during the lengthy hearings panel members were absent during some part of the proceedings. On the second hearing day, February 21, 1979, one of the full-time members was late, a fact mentioned by the chairman at the opening of the day's proceedings. The member came in later and participated in the questioning of representatives of CTV. No objection was taken.

On the third hearing day, February 22, 1979, an afternoon recess was taken and the chairman announced that some panel members had difficulties about flights and had an engagement in another city next morning. He added "so if you have no objection we will continue with a reduced panel. But it depends on the applicants, if they accept that or not. If they don't, they will have to stay." Counsel for CTV then said "That gives us no concern, sir." After the recess, it turned out that three of the panel were absent, two of the full-time members and one part-time member.

Later that day, the second part-time member of the panel retired from the hearing. No objection was taken and, indeed, the CTV president who was

présent pourvoi, de rétablir la décision du CRTC et le renouvellement conditionnel de la licence.

### La composition du comité d'audience pendant les audiences

La question qui se pose ici, en bref, est de savoir si l'arrêt de cette Cour *Mehr c. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344 et un principe qui s'en dégage devraient être appliqués en l'espèce. Dans l'arrêt *Mehr*, qui découle d'une mesure disciplinaire contre un avocat, le comité de discipline avait entendu un témoignage irrecevable qu'on a jugé suffisant pour annuler la procédure, mais cette Cour a ajouté que seuls les membres du comité de discipline qui avaient entendu les témoignages à l'enquête devaient participer à la décision.

En l'espèce, le comité d'audience se composait de six membres du CRTC, savoir quatre membres à plein temps et deux membres à temps partiel. A trois reprises pendant la longue audition, des membres se sont absentés pendant une partie de la séance. Lors de la deuxième journée d'audience, le 21 février 1979, un des membres à plein temps était en retard, ce qui a été souligné par le président à l'ouverture de la séance. Ce membre s'est présenté plus tard et a participé à l'interrogatoire des représentants de CTV. Aucune objection n'a été soulevée.

Lors de la troisième journée d'audience, le 22 février 1979, à la pause de l'après-midi, le président a annoncé que certains membres avaient des conflits d'horaires de vols et devaient se rendre dans une autre ville pour le lendemain matin. Il ajouta [TRADUCTION] «si vous n'avez pas d'objection, nous continuerons avec un groupe plus petit. Mais cela dépend des requérants, s'ils acceptent cela ou non. S'ils ne sont pas d'accord, les membres devront rester». L'avocat de CTV a alors répondu: [TRADUCTION] «Cela ne nous inquiète pas, M. le président». Après la pause, on a constaté que trois membres étaient absents, savoir deux membres à plein temps et un membre à temps partiel.

Plus tard, le même jour, le second membre à temps partiel s'est retiré. Aucune objection n'a été soulevée et, en fait, le président de CTV, qui

then giving a reply said goodbye to the retiring panel member and continued with his presentation.

Thurlow C.J. commented on these absences as follows [at pp. 267-68]:

Assuming that the members who were present at the beginning of the public hearing had been designated to hear the matter pursuant to subsection 19(4), it seems extraordinary that they should not have been present throughout the hearing. Moreover, it does seem undesirable, if not, indeed, contrary to the *Broadcasting Act*, that a member who is part of a panel designated to hold a public hearing and who absents himself during a part of the hearing should thereafter be present at or participate in the consultation required by subsection 17(1). Counsel for the Commission urged that the departure of the members from the hearing had been in one instance with the express, and in the others with the tacit, approval of the appellant and that the appellant had subsequently filed a lengthy memorandum for the information of the members who had absented themselves. He submitted that the objection had been waived and that in any event the public hearing required by the statute was merely for the purpose of obtaining the representations of members of the public and of informing the Commission and that it was not necessary in law for the members to remain in attendance throughout the hearing.

However, he concluded that any objection of CTV was now irrelevant in view of the Federal Court of Appeal decision on notice of the proposed condition, and he added that it was unnecessary to reach a concluded opinion either on the objection or on the answer of CRTC (which presumably was that there was either no objection or there was consent or that the statute permitted the procedure).

The learned Chief Justice added this observation [at p. 268]:

However, I think it is opportune to observe that for a Chairman at a hearing at which a party is seeking renewal of a licence to ask a party to say whether he objects to a member of the panel leaving while the hearing is in progress is capable of putting the party in a position of embarrassment into which he should not be put. Undoubtedly, he could object but if he did he might well have to wonder if by doing so his position with the Commission was being prejudiced. Moreover, for the Chairman to ask if a party approves of members of the

donnait alors une réponse, a salué le membre qui partait et a poursuivi son exposé.

Le juge en chef Thurlow a formulé les observations suivantes au sujet de ces absences [aux pp. 267 et 268]:

En présumant que les membres qui étaient présents au début de l'audience publique avaient été désignés pour entendre l'affaire en vertu du paragraphe 19(4), il semble inconcevable qu'ils n'aient pas assisté à toute l'audience. En outre, il semble indésirable, sinon contraire à la *Loi sur la radiodiffusion*, qu'un membre qui fait partie d'un groupe désigné pour tenir une audience publique et qui s'absente durant une partie de cette audience assiste ou participe plus tard à la consultation requise par le paragraphe 17(1). L'avocat du Conseil a fait valoir que le départ des membres s'était fait, dans un cas, avec le consentement exprès et, dans les autres cas, avec le consentement tacite de l'appelante et que cette dernière avait par la suite déposé un long mémoire pour renseigner les membres qui s'étaient absentés. Il prétend que l'on a renoncé au droit de faire valoir l'objection et que, de toute façon, l'audience publique exigée par la loi avait seulement pour but d'obtenir les observations du public et d'informer le Conseil et qu'il n'était pas nécessaire en droit que les membres soient présents durant toute l'audience.

Toutefois, il a conclu que l'objection de CTV n'était plus pertinente en raison de la décision de la Cour d'appel fédérale sur l'avis relatif à la condition proposée et il a ajouté qu'il n'était nécessaire de se prononcer ni sur l'objection ni sur la réponse du CRTC (qui portait probablement qu'aucune objection n'a été soulevée, qu'il y a eu consentement ou que la loi autorise cette façon de procéder).

Le savant Juge en chef a ajouté ce qui suit [à la p. 268]:

Toutefois, je crois opportun de faire remarquer qu'un président à une audience à laquelle une partie demande le renouvellement d'une licence devrait éviter de mettre une partie dans une situation embarrassante en lui demandant si elle s'oppose à ce qu'un des membres du groupe quitte alors que l'audience est en cours. Il pourrait indubitablement s'opposer au départ mais s'il le faisait, il pourrait bien devoir se demander si cela n'avait pas été préjudiciable à ses rapports avec le Conseil. En outre, le fait qu'un président demande à une partie

panel absenting themselves puts the Commission in the undesirable position of asking indulgences from parties who are entitled to assume that members of the panel will stay to hear their presentations.

The undesirability of a shifting membership of a panel is unquestioned, but it remains to consider whether under the governing legislation and in the circumstances here there was such a violation of norms of procedure as to warrant the quashing of the decision on this ground. I should add that it appears that the four members who were variously absent participated in the consultation prescribed by s. 17(1) and two of them who were members of the Executive Committee were at the meeting of that Committee which approved the licence renewal on the condition to which objection was taken by CTV. I would add that nothing turns in my opinion upon the direction of the Executive Committee to its staff to prepare a decision in conformity with the resolution for renewal of licence which it passed at a meeting of May 3 and 4, 1979. Nor does anything turn on the fact that two members of the Executive Committee, one of whom had not been a member of the hearing panel were assigned to edit the staff's formulation.

The difficulty with applying strict natural justice considerations based on the maxim that only they who hear should decide is that the governing statute ordains differently. Counsel for CRTC contended that the provisions of s. 19(4) respecting the constitution of a hearing panel merely fixed a quorum of two or more members, of whom only one need be a full-time member, and this was met here throughout the hearings. However, no quorum is expressly fixed under that provision and I am of the view that this was unnecessary having regard to the terms of s. 17(1)(c).

Those terms make inapplicable the principle invoked under the *Mehr* case which was one, moreover, where there was a charge of misconduct against the barrister and solicitor, thus threatening his professional career. Here the statute clearly

d'acquiescer au départ d'un membre du groupe place le Conseil dans la position peu souhaitable de demander des faveurs aux parties qui sont en droit de présumer que les membres du groupe resteront pour entendre leurs observations.

Il est certainement souhaitable d'éviter les fluctuations dans la composition d'un comité d'audience, mais il reste à savoir si, compte tenu de la législation applicable et des circonstances de l'espèce, les normes de procédure ont été enfreintes au point de justifier l'annulation de la décision pour ce motif. Je dois ajouter qu'il appert que les quatre membres absents à différents moments ont pris part à la consultation prévue au par. 17(1) et que deux d'entre eux, qui faisaient partie du comité de direction, ont assisté à la réunion au cours de laquelle ce comité a approuvé le renouvellement de la licence assorti de la condition contestée par CTV. J'ajouterais que l'issue n'a rien à voir, à mon avis, avec la directive donnée par le comité de direction à son personnel de rédiger une décision conforme à la résolution concernant le renouvellement de licence qu'il avait adoptée lors d'une réunion tenue les 3 et 4 mai 1979. Elle n'a rien à voir non plus avec le fait que deux membres du comité de direction, dont l'un ne faisait pas partie du comité d'audience, aient été appelés à réviser le texte rédigé par le personnel.

La difficulté que pose l'application de considérations strictes de justice naturelle, fondées sur la maxime portant que seuls ceux qui ont participé à l'audience peuvent participer à la décision tient à ce que la loi applicable prescrit autre chose. L'avocat du CRTC a soutenu que les dispositions du par. 19(4) concernant la constitution d'un comité d'audience établissent simplement un quorum de deux personnes ou plus, dont une seule doit être un membre à plein temps; cette condition a été respectée pendant toute la durée de l'audience. Toutefois, le paragraphe ne fixe précisément aucun quorum, ce qui à mon avis était inutile vu les dispositions de l'al. 17(1)(c).

Ces modalités rendent inapplicable le principe énoncé dans l'arrêt *Mehr* où, de plus, il y avait une accusation d'inconduite portée contre l'avocat, ce qui risquait de compromettre sa carrière. En l'espèce, la loi prévoit clairement que les membres du

envisages that members of the Executive Committee who were not on the hearing panel would participate in the decision on renewal. In fact, eight members so participated although only four were on the hearing panel. I can only read s. 17(1)(c), in respect of renewal or s. 17(1)(a) and (b) in respect of issue or amendment of a licence, as expressly authorizing all full-time members of CRTC, being the Executive Committee, to make the decision on renewal or issue or amendment of a licence, whether or not they heard the representations at the public hearing. Nor would I be justified in limiting or requiring participation to or of all members who were on the hearing panel, so long as there was a quorum of the Executive Committee involved in the decision on renewal. There is no express provision for excluding any member of the Executive Committee nor can such a provision be implied when consideration is given to ss. 17(1) and 19(4).

What is implicit is that the hearing panel would, through transcripts or otherwise, bring the issues raised on the application for renewal to the members of the Executive Committee and would consult with the part-time members on a proposed decision. There was a transcript here. Moreover, CRTC and the Executive Committee was dealing with an experienced applicant which was aware of the provisions of the Act and appeared to understand that the absence of a member or two or even three from some parts of the hearing would not impair the power of the Executive Committee to make a decision. Unusual as the decision-making authority may be when considered in relation to the composition of a hearing panel, the statute speaks clearly on the matter.

There is much to be said, as applicable here, for the considerations canvassed by the Ontario Court of Appeal under predecessor legislation in *R. v. Board of Broadcast Governors and the Minister of Transport* (1962), 33 D.L.R. (2d) 449. At that time the Minister of Transport was the licensing authority, empowered to act upon a recommenda-

comité de direction qui ne faisaient pas partie du comité d'audience peuvent prendre part à la décision relative au renouvellement. En réalité, huit membres ont ainsi participé même si seulement quatre d'entre eux faisaient partie du comité d'audience. Je ne puis interpréter l'al. 17(1)c), quant au renouvellement ou les al. 17(1)a) et b) quant à l'attribution et à la modification d'une licence, autrement que comme permettant expressément à tous les membres à plein temps du CRTC, qui constituent le comité de direction, de prendre la décision sur le renouvellement, l'attribution ou la modification d'une licence, qu'ils aient ou non entendu les observations formulées lors de l'audience publique. Je ne serais pas non plus justifié de limiter la participation à ceux qui faisaient partie du comité d'audience ou d'exiger la participation de tous ceux-ci, pourvu qu'il y ait eu quorum du comité de direction qui a rendu la décision relative au renouvellement. Aucune disposition expresse n'exclut un des membres du comité de direction et on ne peut déduire aucune disposition de ce genre de l'examen des par. 17(1) et 19(4).

Ce qui est implicite c'est que le comité d'audience, au moyen d'un procès-verbal ou autrement, fait connaître aux membres du comité de direction les questions soulevées au sujet de la demande de renouvellement et il consulte les membres à temps partiel quant à la décision proposée. Il existe un procès-verbal en l'espèce. De plus, le CRTC et le comité de direction avaient affaire à une requérante expérimentée qui connaissait les dispositions de la Loi et qui semblait comprendre que l'absence d'un seul, de deux ou même de trois membres pendant une partie quelconque de l'audience n'empêcherait pas le comité de direction de rendre une décision. Aussi inusité que puisse être le pouvoir de décision par rapport à la composition du comité d'audience, la Loi est claire à ce sujet.

Il est intéressant de noter, aux fins de l'espèce, les considérations analysées par la Cour d'appel de l'Ontario sous le régime de la loi antérieure, dans l'arrêt *R. v. Board of Broadcast Governors and the Minister of Transport* (1962), 33 D.L.R. (2d) 449. A cette époque, le ministre des Transports était celui qui avait le pouvoir de délivrer les licences, à



tion of the Board of Broadcast Governors following a public hearing before the Board. Laidlaw J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, said this (at p. 461):

The nature of the hearing before the Board was the subject of much discussion in this Court. No doubt the Board was under a duty to conduct the hearing in good faith and in a fair manner free from prejudice or bias and also to give to "the applicant, the Corporation and other interested licensees and applicants for licences" a proper opportunity of being heard. At the same time it is plain that the hearing required by s-s. (3) was not intended to be a trial. There was no *lis inter partes*. The Board was not intended to adjudicate or determine by judgment, order, or decision the rights of any person. It does not appear to me that the Board possessed the attributes of a Court of Justice or that it was bound to follow the procedure of such a Court. On the contrary I think the Board was free to prescribe and follow its own course of procedure. Finally, it is of the utmost importance to observe that neither the opinion of the Board nor the recommendation of the Board to the Minister of Transport has any characteristic of a judgment or order of a Court of Justice. Neither such opinion nor recommendation has any legal effect whatsoever on any right of any person entitled to be heard at the hearing. No such opinion or recommendation can be enforced and no person is bound by it. In particular the Minister of Transport is under no obligation whatsoever to give any effect to the whole or any part of the recommendation made by the Board. In the exercise of his discretion he may disregard it wholly if he deems it proper or advisable to do so or he may act on it with such variation or modification as he deems fit in any particular case.

There is, it seems to me, a parallel with the public hearing before a hearing panel and the reposing of authority for the decision on renewal in the Executive Committee, not all of whom would have been involved in the public hearing.

In all the circumstances, I would hold that the decision made by the Executive Committee is not defeasible simply because the hearing panel varied in its established membership by some absences from parts of the hearing. This is especially so when consent to proceed with a reduced panel was given in the most serious case of absence and no

la recommandation du Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion, suite à une audience publique tenue devant le Bureau. Le juge Laidlaw, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario,

<sup>a</sup> affirme ceci (à la p. 461):

[TRADUCTION] La nature de l'audience tenue devant le Bureau a fait l'objet de beaucoup de discussions en cette cour. Il n'y a pas de doute que le Bureau devait tenir l'audience de bonne foi et de manière équitable, sans préjugé ni parti pris, et donner «au requérant, à la Société et autres titulaires et demandeurs de licences» une possibilité adéquate de se faire entendre. En même temps, il est clair que l'audience requise par le par. (3) ne se veut pas un procès. Il n'y a aucun *lis inter partes*. Le Bureau n'a pas été constitué pour se prononcer ou statuer par jugement, ordonnance ou décision, sur les droits de qui que ce soit. Le Bureau ne me semble pas posséder les attributs d'une cour de justice ni être tenu de suivre la procédure d'une telle cour. Au contraire, je crois que le Bureau est libre de prescrire et de suivre sa propre procédure. Enfin, il est de la plus grande importance de souligner que ni l'avis du Bureau ni sa recommandation au ministre des Transports ne présentent une caractéristique d'un jugement ou d'une ordonnance d'une cour de justice. Cet avis ou cette recommandation n'ont également aucun effet juridique sur les droits de quiconque a le droit de se faire entendre à l'audience. Cet avis ou cette recommandation ne sont pas exécutoires et ils ne lient personne. En particulier, le ministre des Transports n'est nullement tenu de donner suite à la totalité ou à une partie de la recommandation du Bureau. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il peut l'ignorer entièrement s'il le juge nécessaire ou préférable, ou il peut y donner suite en apportant les variantes ou modifications qu'il juge utiles dans chaque cas particulier.

Il me semble y avoir un parallèle avec l'audience publique tenue devant un comité d'audience et l'attribution du pouvoir de rendre une décision de renouvellement au comité de direction dont tous les membres n'ont pas pris part à l'audience publique.

<sup>i</sup> En tout état de cause, je suis d'avis que la décision rendue par le comité de direction n'est pas annulable pour le seul motif que le nombre des membres désignés pour tenir l'audience a varié en raison de certaines absences à des parties de l'audience. Il en va ainsi d'autant plus qu'il y a eu consentement à poursuivre en présence d'un

objection was taken to one member arriving late and one leaving early.

#### Conclusion

I would, accordingly, allow the appeal of CRTC and reject the contrary submissions of CTV. This is not a case for costs.

*Appeal of CRTC allowed. Cross-appeal of CTV Television Network dismissed.*

*Solicitors for the appellant and cross-respondent the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Solicitors for the respondent and cross-appellant the CTV Television Network Limited: Goodman & Goodman, Toronto.*

comité restreint dans le cas d'absence le plus sérieux et qu'aucune objection n'a été soulevée lorsqu'un membre est arrivé en retard et qu'un autre est parti plus tôt.

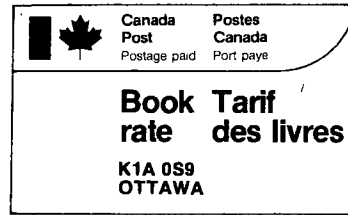
#### <sup>a</sup> Conclusion

<sup>b</sup> En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du CRTC et de rejeter les arguments contraires de CTV. Il n'y a pas lieu d'adjuger des dépens.

*Pourvoi du CRTC accueilli. Pourvoi incident de CTV Television Network rejeté.*

<sup>c</sup> *Procureurs de l'appelant et intimé au pourvoi incident, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

<sup>d</sup> *Procureurs de l'intimée et appelante au pourvoi incident, CTV Television Network Limited: Goodman & Goodman, Toronto.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 4, 1982 Vol. 1**

**4<sup>e</sup> cahier, 1982 Vol. 1**

Published by  
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief  
ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELE BEAULIEU  
VICTORIA MASON

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Hull, Quebec, Canada, K1A 0S9, together with the old address.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1982.

## CONTENTS

### **Barton v. Agincourt Football Enterprises Ltd. .... 666**

Contracts — Interpretation — Termination — Football player cut from club — Contract signed with another club — Whether or not first contract terminated — Whether or not player able to collect pay pursuant to first contract on second club's collapse.

### **Bolduc v. Attorney General of Quebec et al. .... 573**

Criminal law — Common law conspiracy — Conspiracy to cause persons to come into the United States unlawfully — Offence known to Canadian law — Presumption of territoriality under s. 423(3) of the Criminal Code — Information meets requirements of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(2)(a), 423(3) [as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 36], 463, 510, 512.

*Mandamus* — Preliminary inquiry — Motion to quash indictment allowed by the justice of the peace — Error of law amounting to refusal to exercise jurisdiction — Basis for *mandamus*.

### **C.A.T.C.A. v. The Queen ..... 696**

Labour relations — Public service — Designated employees — Nature and scope of the duty of the Public Service Staff Relations Board under s. 79 of the Public Service Staff Relations Act — Whether the Board erred — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 79.

### **Equipements Rocbec Inc. et al. v. Minister of National Revenue ..... 605**

Income tax — Authorization of Minister of National Revenue to enter, search and seize — Approval given by a Superior Court judge — No right of appeal from approval to Court of Appeal — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 231(4), (5) — Code of Civil Procedure, art. 26.

*Continued on next page*

Publié par  
BERNARD C. HOFLEY, c.r.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiŕte en chef  
ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

Arrêtiŕtes  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELE BEAULIEU  
VICTORIA MASON

*Les abonnés au Recueil des arrêtiŕts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnement et Services Canada, Hull, Québec, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.*

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1982.

## SOMMAIRE

### **A.C.C.T.A. c. La Reine ..... 696**

Relations de travail — Fonction publique — Employés désignés — Nature et étendue de l'obligation imposée à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique par l'art. 79 de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique — La Commission a-t-elle commis une erreur? — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35, art. 79.

### **Barton c. Agincourt Football Enterprises Ltd. .... 666**

Contrats — Interprétation — Résiliation — Joueur de football retranché du club — Signature d'un contrat avec un autre club — Y a-t-il eu résiliation du premier contrat? — Le joueur peut-il, après l'effondrement du second club, toucher le salaire prévu au premier contrat?

### **Bolduc c. Procureur général du Québec et autre ..... 573**

Droit criminel — Complot de *common law* — Complot pour faire entrer des personnes illégalement aux États-Unis — Infraction connue en droit canadien — Présomption de territorialité de l'art. 423(3) du Code criminel — Dénonciation conforme aux exigences du Code criminel — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(2)a), 423(3) [modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 36] 463, 510, 512.

*Mandamus* — Enquête préliminaire — Requête en cassation de l'acte d'accusation accueillie par le juge de paix — Erreur de droit équivalant à un refus d'exercer sa juridiction — Ouverture à *mandamus*.

### **Equipements Rocbec Inc. et autres c. Ministre du Revenu national ..... 605**

Impôt sur le revenu — Autorisation du ministre du Revenu national d'entrer, de chercher et de saisir — Agrément donné par un juge de la Cour supérieure — Aucun droit d'appel de l'agrément à la Cour d'appel — Loi de l'impôt sur le revenu,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

|   |     |
|---|-----|
| <i>Fee et al. v. Bradshaw et al.</i> .....  | 607 |
| Courts — Practice — Appeal abandoned by delay — Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 59.  |     |
| <i>Fee et al. v. Bradshaw et al.</i> .....  | 608 |
| Appeal — Practice — Leave to appeal granted — Appeal held to be abandoned — Re-hearing granted — Motions for extension of time for hearing of appeal and to reinscribe appeal for hearing.  |     |
| <i>Fee et al. v. Bradshaw et al.</i> .....  | 609 |
| Taxation — Income tax — Offences — Limitation of prosecutions — Minister's certificate — Injunction to prohibit filing certificate as evidence — Injunction denied — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 244(4) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 18.  |     |
| Injunction — Income tax — Offences — Injunction to prohibit filing Minister's certificate as evidence — Jurisdiction of Federal Court Trial Division — Injunction denied — No remedy under s. 18 of Federal Court Act — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 18 — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 244(4). |     |
| <i>Goodman v. Rompkey et al.</i> .....  | 589 |
| Income tax — Authorization of Minister of National Revenue to enter, search and seize — Approval given by a Superior Court judge — No right of appeal from approval to Court of Appeal — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 231(4),(5) — Code of Civil Procedure, arts. 25, 26, 29.   |     |
| <i>Goyette v. The Queen</i> .....   | 688 |
| Criminal law — <i>Habeas corpus</i> — Commencement of sentence — Warrants of committal — Consecutive rather than concurrent sentences of imprisonment — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 649(3),(4).   |     |
| <i>Halpenny (Estate) v. Paddon</i> .....  | 559 |
| Securities — Debenture — Petition in bankruptcy filed before registration — Priorities — Effect of s. 75 of Bankruptcy Act — Whether or not late registration of debenture should be allowed — The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, c. 88, s. 7 — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 75.                          |     |
| <i>Hanson et al. v. Johnson et al.</i> .....  | 619 |
| Practice — Application to strike out — Whether or not statement of claim scandalous, frivolous and vexatious, and disclosing no reasonable claim — Yukon Supreme Court Rules, Rule 24(a),(b).   |     |
| <i>Hobbins v. The Queen</i> .....   | 553 |
| Criminal law — Voluntariness and admissibility of a confession — Accused making two statements two months apart — First statement ruled inadmissible — Whether second statement admissible.   |     |

Continued on next page

## SOMMAIRE (Suite)

|   |     |
|---|-----|
| 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 231(4),(5) — Code de procédure civile, art. 26.   |     |
| <i>Fee et autre c. Bradshaw et autres</i> .....   | 607 |
| Tribunaux — Pratique — Abandon de l'appel pour cause de retard — Règles de la Cour suprême du Canada, art. 59.  |     |
| <i>Fee et autre c. Bradshaw et autres</i> .....   | 608 |
| Appel — Pratique — Autorisation d'appeler accordée — Appel censé abandonné — Permission pour une nouvelle audition accordée — Requêtes en prorogation du délai d'audition de l'appel et en réinscription de l'appel pour audition.  |     |
| <i>Fee et autre c. Bradshaw et autres</i> .....   | 609 |
| Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Infractions — Prescription des poursuites — Certificat du Ministre — Injonction pour interdire le dépôt en preuve du certificat — Injonction refusée — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 244(4) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 <sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2, 18.  |     |
| Injonction — Impôt sur le revenu — Infractions — Injonction pour interdire le dépôt en preuve du certificat du Ministre — Compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale — Injonction refusée — Aucun recours en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 <sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2, 18 — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 244(4). |     |
| <i>Goodman c. Rompkey et autre</i> .....  | 589 |
| Impôt sur le revenu — Autorisation du ministre du Revenu national d'entrer, de chercher et de saisir — Agrément donné par un juge de la Cour supérieure — Aucun droit d'appel de l'agrément à la Cour d'appel — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 231(4),(5) — Code de procédure civile, art. 25, 26, 29.   |     |
| <i>Goyette c. La Reine</i> .....  | 688 |
| Droit criminel — <i>Habeas corpus</i> — Début de sentence — Mandats d'incarcération — Sentences d'emprisonnement consécutives au lieu de concurrentes — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 649(3),(4).  |     |
| <i>Halpenny (Succession) c. Paddon</i> .....  | 559 |
| Valeurs mobilières — Débenture — Dépôt d'une pétition en faillite avant l'enregistrement — Créances privilégiées — Effet de l'art. 75 de la Loi sur la faillite — L'enregistrement hors délai de la débenture doit-il être autorisé? — The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, chap. 88, art. 7 — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 75.   |     |
| <i>Hanson et autre c. Johnson et autres</i> .....   | 619 |
| Pratique — Requête en radiation — La déclaration est-elle scandaleuse, futile et vexatoire et ne révèle-t-elle aucune réclamation valable? — Règles de la Cour suprême du Yukon, règle 24(a),b).  |     |

Suite à la page suivante

## CONTENTS (Concluded)

### **Lister (R.E.) Ltd. et al. v. Dunlop Canada Ltd. .... 726**

Contracts — Franchise agreement — Debenture and personal guarantees securing corporate debt — Seizure of assets, including those held personally, without notice — Subsequent agreement settling financing difficulties — Damages sought for unlawful seizure, improper disposition of company's assets, and negligent misrepresentation prior to granting of personal guarantees.

### **Paul v. The Queen ..... 621**

Criminal law — Sentence — Imposition of consecutive sentences — Meaning of "before the same court at the same sittings" — Power to sentence consecutively — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 645(4)(a), 645(4)(c), 649(1).

Interpretation — Construction of penal statute — Cumulative punishments — Legislative history — Exceptional construction — Avoidance of absurd results — No meaning given to the words "at the same sittings" — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 645(4)(a), 645(4)(c).

### **Ruttan v. Ruttan ..... 690**

Matrimonial law — Reciprocal enforcement of maintenance orders — Validity of order questioned before enforcing court — Whether or not enforcing court has jurisdiction to determine validity of order — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 2, 11(1),(2), 15.

### **Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte et al. .... 710**

Administration law — Judicial review — Canada Labour Relations Board — Privative clause — Union refusing to proceed with part-time employee dismissal grievance — Board holding union's refusal to be a breach of duty of fair representation — Board ordering grievance to proceed to arbitration — Whether Board decision reviewable — Whether Board acted beyond its jurisdiction — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 as amended, ss. 118(p)(vii), 121, 122, 136.1, 155, 187, 189 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a).

## SOMMAIRE (Fin)

### **Hobbins c. La Reine ..... 553**

Droit criminel — Caractère volontaire et recevabilité d'une confession — L'accusé a fait deux déclarations à deux mois d'intervalle — La première déclaration est jugée irrecevable — Recevabilité de la seconde déclaration.

### **Lister (R.E.) Ltd. et autres c. Dunlop Canada Ltd. .... 726**

Contrats — Contrat de concession — Débenture et cautionnements personnels garantissant la dette de la société — Saisie de biens, y compris des biens personnels, sans préavis — Compromis réglant les difficultés financières — Action en dommages pour saisie illégale, pour disposition illégitime des biens de la société et pour les déclarations inexactes faites par négligence avant que les cautionnements personnels ne soient consentis.

### **Paul c. La Reine ..... 621**

Droit criminel — Sentence — Cumul des sentences — Sens de l'expression «devant la même cour pendant la même session» — Pouvoir d'ordonner le cumul des sentences — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 645(4)a), 645(4)c), 649(1).

Interprétation — Interprétation d'une loi pénale — Peines cumulatives — Historique législatif — Interprétation exceptionnelle — Nécessité d'éviter des résultats absurdes — Aucun sens n'est donné aux mots «pendant la même session» — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 645(4)a), 645(4)c).

### **Ruttan c. Ruttan ..... 690**

Droit matrimonial — Exécution réciproque des ordonnances alimentaires — Mise en question de la validité de l'ordonnance devant la cour qui l'exécute — La cour qui exécute l'ordonnance est-elle compétente pour déterminer la validité de cette ordonnance? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 2, 11(1),(2), 15.

### **Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte et autre ..... 710**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Conseil canadien des relations du travail — Clause privative — Refus du syndicat de s'occuper du grief relatif au congédiement d'un employé à temps partiel — Décision du Conseil selon laquelle le refus du syndicat constitue un manquement à son obligation de représenter l'employé de façon juste — Ordonnance du Conseil d'aller directement à l'arbitrage — La décision du Conseil est-elle susceptible de révision? — Le Conseil a-t-il outrepassé sa compétence? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 et modifications, art. 118p)(vii), 121, 122, 136.1, 155, 187, 189 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28(1)a).

**Randy Steven Hobbins** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 16382.

1982: March 24; 1982: April 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Voluntariness and admissibility of a confession — Accused making two statements two months apart — First statement ruled inadmissible — Whether second statement admissible.*

At a trial by judge and jury, appellant was convicted of arson. On the *voir dire*, the trial judge ruled that the appellant's statement, made to persons in authority on January 18, 1978, was admissible and had not been tainted by the prior inadmissible statement of November 24, 1977—one whose voluntary nature had not been established beyond a reasonable doubt. The trial judge also rejected appellant's contentions that the statements were obtained in an oppressive atmosphere or through any inducement or threats. The Court of Appeal affirmed the judgment.

*Held:* The appeal should be dismissed.

While accused's state of mind is relevant to the admissibility of a statement made by him to persons in authority, his own timidity or subjective fear of the police will not render a statement inadmissible unless there are external circumstances brought about by the conduct of the police to justify doubt as to voluntariness. In addition, there is no presumption of tainting merely because a prior statement had been ruled inadmissible. Factual considerations must govern, including similarity of circumstances, police conduct and the lapse of time between the obtaining of the two statements. There was no reason to interfere with the decision of the trial judge and the majority of the Court of Appeal admitting the second statement.

*R. v. Precourt* (1976), 39 C.C.C. (2d) 311; *Director of Public Prosecutions v. Ping Lin*, [1975] 3 All E.R. 175; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Rothman*

**Randy Steven Hobbins** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 16382.

1982: 24 mars; 1982: 5 avril.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

*Droit criminel — Caractère volontaire et recevabilité d'une confession. — L'accusé a fait deux déclarations à deux mois d'intervalle — La première déclaration est jugée irrecevable — Recevabilité de la seconde déclaration.*

<sup>d</sup> A l'occasion d'un procès devant un juge et un jury, l'appellant a été reconnu coupable du crime d'incendie. Au voir dire, le juge du procès a statué que la déclaration faite par l'appellant le 18 janvier 1978 à des personnes ayant autorité était recevable et qu'elle n'était pas viciée par la déclaration irrecevable antérieure du 24 novembre 1977, déclaration dont on n'avait pas établi hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire. Le juge du procès a également repoussé les prétentions de l'appellant selon lesquelles on avait obtenu les déclarations dans une atmosphère d'intimidation ou par un encouragement ou des menaces. La Cour d'appel a confirmé le jugement.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>g</sup> Bien que l'état d'esprit de l'accusé soit pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer la recevabilité d'une déclaration qu'il a faite à des personnes ayant autorité, sa propre timidité ou crainte subjective de la police ne rendra pas une déclaration irrecevable, à moins que les procédés de la police ne créent une situation de nature à justifier des doutes quant au caractère volontaire. De plus, il n'existe pas de présomption de vice simplement parce qu'on a conclu à l'irrecevabilité d'une déclaration antérieure. Ce sont les faits, y compris la similitude des circonstances et des procédés employés par la police ainsi que le laps de temps entre les deux déclarations, qui doivent être déterminants. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance ou de la Cour d'appel à la majorité que la seconde déclaration est recevable.

<sup>j</sup> Jurisprudence: *R. v. Precourt* (1976), 39 C.C.C. (2d) 311; *Director of Public Prosecutions v. Ping Lin*, [1975] 3 All E.R. 175; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Rothman c.*



v. *The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Ontario (1980), 54 C.C.C. (2d) 353, affirming the conviction of the appellant on a charge of arson. Appeal dismissed.

*Gerald R. Kluwak*, for the appellant.

*Murray D. Segal*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This is an appeal by the accused from a judgment of the Ontario Court of Appeal which by a majority (MacKinnon A.C.J.O., Howland C.J.O. concurring) affirmed a conviction of arson after trial by a judge and jury. Brooke J.A., dissenting, would have ordered a new trial. The accused was sixteen years old at the time of the offence charged against him. Without enlarging on his criminal record, it is enough to say that the present case was not his first encounter with the police.

Despite the dissent of Brooke J.A., leave to appeal was sought and given, apparently because there was no specification or certainty of the point of law on which the dissent proceeded. In his majority reasons, MacKinnon A.C.J.O. said that the sole issue in appeal was whether a second statement made by the accused to the police on January 18, 1978 was wrongly admitted. The ground of objection to admissibility was that the statement was tainted because an earlier statement made on November 24, 1977 was ruled inadmissible because in the circumstances recited by the trial judge, the Crown failed to satisfy him that it had proved voluntariness beyond a reasonable doubt. It was alleged here that there was a continuing taint which, notwithstanding the lapse of time between the two statements, adversely affected the admissibility of the second statement. I shall come to this submission shortly.

*La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Boudreau c. Le Roi*, [1949] R.C.S. 262.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 54 C.C.C. (2d) 353, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appelant relativement à une accusation de crime d'incendie. Pourvoi rejeté.

*Gerald R. Kluwak*, pour l'appelant.

*Murray D. Segal*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi formé par l'accusé attaque un arrêt par lequel la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (les motifs du juge en chef adjoint MacKinnon, le juge en chef Howland y souscrivant) a confirmé un verdict de culpabilité du crime d'incendie rendu à l'issue d'un procès devant un juge et un jury. Le juge Brooke, dissident, aurait ordonné un nouveau procès. L'accusé avait seize ans à l'époque de l'infraction dont on l'accuse. Sans aller dans le détail de son casier judiciaire, il suffit de dire que ce n'est pas la première fois qu'il a affaire à la police.

Malgré la dissidence du juge Brooke, l'appelant a demandé l'autorisation de se pourvoir, qui lui a été accordée, apparemment en raison du manque de précision ou de certitude quant au point de droit sur lequel cette dissidence est fondée. Dans les motifs qu'il a exposés pour la majorité, le juge en chef adjoint MacKinnon dit que la seule question en appel était de savoir si on a eu tort de recevoir en preuve une seconde déclaration faite par l'accusé à la police le 18 janvier 1978. L'exception d'irrecevabilité repose sur le caractère vicié de la déclaration du fait qu'on avait jugé irrecevable une déclaration antérieure du 24 novembre 1977, parce que, dans les circonstances exposées par le juge du procès, le ministère public ne l'a pas convaincu hors de tout doute raisonnable du caractère volontaire de cette déclaration. On allègue en l'espèce que, malgré le laps de temps entre les deux déclarations, il subsiste un vice qui rend irrecevable la seconde déclaration. J'aborderai plus loin cette allégation.

The trial judge had held on the *voir dire* on admissibility that neither statement was obtained through any inducement or threats or worse and these findings were confirmed in the majority reasons and, indeed, were not challenged in the dissent. The dissent proceeded on another ground which, to put it generally, was oppressive treatment of the accused or police conduct which had that effect upon him. The accused testified at the *voir dire* but did not give evidence at his trial proper.

Although MacKinnon A.C.J.O. specified a single issue only as being involved in the appeal, counsel for the accused argued another point in this Court. It was that the trial judge had failed on the *voir dire* to address the question, said to be raised by the evidence, whether the accused subjectively was not in a state of fear indicated, *inter alia*, by his expressed unwillingness to accompany the police officers for interrogation in respect of the second statement. The accused had been convicted of another charge before being tried for arson, and it was when he was in gaol on that charge that the police (the same two who had taken his first statement) removed him to the central police station pursuant to a so-called warrant of deliverance, issued improperly by a justice of the peace but in accordance with a practice followed at the time but now discontinued. Brooke J.A. in his dissent dwelt on this impropriety.

I have nothing to add to the comprehensive reasons of MacKinnon A.C.J.O. which, in my opinion, are dispositive of the appeal, limited as it is in this Court to questions of law. Brooke J.A. asserted that there was "a fundamental factual issue in evidence relating to the taking of the second statement" and that this made it wrong to say that the Crown had met the onus of proof of voluntariness. Although it was open to the Court of Appeal to dispute a factual consideration, this Court does not have that leeway. What affected

Au voir dire tenu sur la question de la recevabilité, le juge du procès a conclu que ni l'une ni l'autre déclaration n'avait été obtenue par un encouragement ou par des menaces ou par des moyens encore plus répréhensibles, conclusions confirmées par les motifs de la majorité en cour d'appel; et même la dissidence ne les conteste pas. En fait, les motifs de dissidence reposent sur un autre moyen qui, en termes généraux, est l'intimidation de l'accusé ou l'emploi par la police de procédés qui ont eu pour effet de l'intimider. L'accusé a témoigné au voir dire, mais non au procès proprement dit.

Bien que le juge en chef adjoint MacKinnon précise que l'appel ne portait que sur une seule question, l'avocat de l'accusé soulève un autre point en cette Cour. Il fait valoir que le juge du procès a omis au voir dire de se pencher sur la question, que soulèverait la preuve, de savoir si l'accusé, subjectivement, était dans un état de crainte, comme l'indique, entre autres choses, l'hésitation qu'il a exprimée face à l'obligation d'accompagner les policiers pour subir l'interrogatoire devant aboutir à la seconde déclaration. Avant que l'accusé ne subisse son procès relativement au crime d'incendie, on l'avait déclaré coupable d'une autre infraction, et c'était alors qu'il purgeait sa peine d'emprisonnement pour avoir commis cette dernière infraction que deux policiers (ceux-là même qui avaient recueilli sa première déclaration) l'ont emmené au poste central de police en vertu d'un mandat dit mandat de tradition qui a été illégalement décerné par un juge de paix conformément à une pratique suivie à l'époque, mais qui ne l'est plus maintenant. C'est sur ce vice que repose la dissidence du juge Brooke.

Je n'ai rien à ajouter aux motifs complets du juge en chef adjoint MacKinnon, lesquels, à mon avis, suffisent pour trancher le pourvoi qui, en cette Cour, se limite à des questions de droit. Le juge Brooke affirme que [TRADUCTION] «la preuve soulève une question de fait fondamentale relativement à la façon dont la seconde déclaration a été recueillie» et que pour cette raison, il est fautif de dire que le ministère public s'est acquitté de son obligation de prouver le caractère volontaire de cette déclaration. Bien qu'il soit permis à la Cour

Brooke J.A. was that the accused had been put in a locked room on the occasion of the taking of each of the two statements; that he had not been charged until the second statement was taken. He did not wish to go with the police on either occasion. His rights were consequently ignored and there was oppression or coercion in this which should have persuaded the trial judge not to admit the second statement.

The trial judge dealt with this matter adversely to the accused as did MacKinnon A.C.J.O., and I do not find any reason to quarrel with their determination, even if it be considered to involve a question of law alone. However, factual differences are evident in the two situations and it was for the courts below to assess and weigh the facts.

I should like, however, to consider briefly the two points raised here as to subjectivity and tainting. The subjectivity point is based on a contention of counsel for the accused that the trial judge fastened on the propriety of the conduct of the police rather than on the effect that their conduct and, indeed, the entire surrounding circumstances had on the mind of the accused. The contention, in short, was that the first confession was held to be inadmissible not because there was an inducement or threat, but rather because obtained in an atmosphere of oppression or coercion. The tainting point is simply that the circumstances surrounding the second confession were similar to those surrounding the first and the oppression continued to operate upon the accused so as to taint that confession.

There is no doubt that the state of mind of the accused is relevant to the admissibility of a statement made by him to the police after interrogation, and even if he has been cautioned, as was the case here in respect of the second statement. An atmosphere of oppression may be created in the

d'appel de contester un point de fait, cette Cour ne jouit pas de pareille liberté d'action. Ce qui a inquiété le juge Brooke est que, quand on a recueilli les deux déclarations, l'accusé avait été, à chaque occasion, enfermé à clé dans une pièce et que ce n'est qu'après la seconde déclaration qu'une accusation a été portée contre lui. Dans l'un et l'autre cas, il ne voulait pas accompagner les policiers. On n'a donc pas respecté ses droits et il y a eu en même temps intimidation ou coercition de telle sorte que le juge du procès aurait dû être convaincu de l'irrecevabilité de la seconde déclaration.

Ni le juge du procès ni le juge en chef adjoint MacKinnon n'ont partagé cet avis, et je ne vois aucune raison de contester leur décision, même à supposer qu'il s'agisse d'une question de droit pur. Cependant, il y a des différences de faits manifestes entre les deux situations et c'est aux cours d'instance inférieure d'apprécier et de soupeser les faits.

Je voudrais, cependant, étudier brièvement les deux points soulevés en l'espèce quant à la subjectivité et quant au caractère vicié de la déclaration. Pour ce qui est de la subjectivité, ce point est fondé sur une allégation de l'avocat de l'accusé que le juge du procès s'est arrêté à la légitimité des procédés employés par les policiers plutôt qu'à l'effet de ces procédés et, bien sûr, de l'ensemble des circonstances qui les ont entourés, sur l'esprit de l'accusé. Bref, l'avocat prétend que si l'on a conclu à l'irrecevabilité de la première confession, ce n'était pas en raison d'un encouragement ou d'une menace, mais parce qu'elle avait été obtenue dans une atmosphère d'intimidation ou de coercition. Pour ce qui est du caractère vicié de la déclaration, on prétend simplement que les circonstances de la seconde confession étaient semblables à celles de la première et que l'accusé se sentait toujours intimidé, de sorte que cette seconde confession, elle aussi, est entachée de vice.

Il ne fait pas de doute que l'état d'esprit de l'accusé est pertinent pour déterminer la recevabilité d'une déclaration qu'il a faite à la police à la suite d'un interrogatoire, et cela tient même s'il a reçu une mise en garde, comme c'est le cas en espèce en ce qui concerne la seconde déclaration.

circumstances surrounding the taking of a statement, although there be no inducement held out of hope of advantage or fear of prejudice, and absent any threats of violence or actual violence. However, and counsel for the appellant accused conceded this, an accused's own timidity or subjective fear of the police will not avail to avoid the admissibility of a statement or confession unless there are external circumstances brought about by the conduct of the police that can be said to cast doubt on the voluntariness of a statement or confession by the accused or there are considerations affecting the accused, as in the *Ward* case, *infra*, which would justify doubt as to voluntariness. In this respect, it does not, of course, matter that the police did not commit any illegality if the circumstances of the interrogation, including time and place and length of interrogation, raise or should raise doubt in the trial judge whether the statement or confession was freely and voluntarily given.

There is no need to canvass any of the numerous authorities which were put before us, most of which were canvassed by the Court of Appeal. Mention may be made of *R. v. Precourt* (1976), 39 C.C.C. (2d) 311 which the trial judge considered and distinguished; *Director of Public Prosecutions v. Ping Lin*, [1975] 3 All E.R. 175; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376 and *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640. The trial judge rejected contentions on behalf of the accused and the evidence of the accused on the *voir dire* designed to show oppressiveness and coercion, and the careful canvass of the issue by MacKinnon A.C.J.O. makes it clear that there was no factual foundation to support the challenge to the admissibility of the second statement.

The tainting contention advanced here has been but peripherally considered in this Court. Estey J. adverted to it in *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, at pp. 285-86 and his observations were referred to by Beetz J. in *Horvath v. The*

Les circonstances d'une déclaration peuvent créer une atmosphère d'intimidation, même s'il n'y a pas d'encouragement sous forme de l'espoir d'un avantage ou de la crainte d'un préjudice et en l'absence même de toute menace de violence ou de tout acte de violence. Néanmoins, et l'avocat de l'accusé appelant le reconnaît, la peur d'un accusé ou sa crainte subjective de la police ne servira pas à rendre une déclaration ou une confession irrecevable, à moins que les procédés de la police ne créent une situation de nature à faire naître un doute quant au caractère volontaire de la déclaration ou de la confession ou à moins que l'état de l'accusé, comme dans l'affaire *Ward, infra*, ne justifie des doutes quant au caractère volontaire. A cet égard, si les circonstances de l'interrogatoire, y compris l'heure et le lieu de cet interrogatoire et sa durée, amènent ou devraient amener le juge du procès à douter du caractère libre et volontaire de la déclaration ou de la confession, il est évidemment sans importance que la police n'ait pas commis d'acte illégal.

Il n'est pas nécessaire de faire un examen minutieux des nombreux arrêts qu'on nous a cités, car la plupart ont déjà fait l'objet d'une étude de la part de la Cour d'appel. On peut toutefois mentionner l'arrêt *R. v. Precourt* (1976), 39 C.C.C. (2d) 311, que le juge du procès a examiné et avec lequel il a fait une distinction, ainsi que les arrêts *Director of Public Prosecutions v. Ping Lin*, [1975] 3 All E.R. 175; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376 et *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640. Le juge du procès a repoussé les prétentions mises de l'avant pour le compte de l'accusé et le témoignage de ce dernier au *voir dire* qui tendaient à démontrer qu'il y avait eu intimidation et coercion; il ressort nettement de l'étude minutieuse de cette question faite par le juge en chef adjoint MacKinnon qu'il n'y a aucun fait sur lequel on peut se fonder pour attaquer la recevabilité de la seconde déclaration.

Quant à la prétention que la déclaration est entachée d'un vice, il s'agit là d'une question qui n'a jamais retenu l'attention de cette Cour, si ce n'est de façon indirecte. Le juge Estey en a fait mention dans l'arrêt *Boudreau c. Le Roi*, [1949]

*Queen, supra*, at p. 429. The latter emphasized the prime importance of the time interval between the two statements. Certainly here there was a considerable time lag, enough to dissipate any lingering effect of the first statement, and the circumstances in which and under which it was made, upon the second statement. There was no advertence to the first statement when the second one was taken. The accused knew at the time that the police had additional evidence which prompted the interrogation of January 18. I am not prepared in such a case as the present one to declare that there is a presumption of tainting merely because the prior statement had been ruled inadmissible, a ruling based on failure of satisfactory proof by the Crown. In any event, since the Crown has the burden of proof in respect of the admissibility of any statement taken by the police from the accused, the suggested presumption could only go to the convincing nature of the proof.

There can be no hard and fast rule that merely because a prior statement is ruled inadmissible a second statement taken by the same interrogating officers must be equally vulnerable. Factual considerations must govern, including similarity of circumstances and of police conduct and the lapse of time between the obtaining of the two statements. Here the trial judge and the majority of the Court of Appeal found that different conclusions were proper as to the admissibility of the two statements. I would not interfere with their determination that the second statement was properly admitted.

I would, accordingly, dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Gerald R. Kluwak, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Murray D. Segal, Toronto.*

R.C.S. 262, aux pp. 285 et 286, et le juge Beetz s'y est reporté dans l'arrêt *Horvath c. La Reine*, précité, à la p. 429. Le juge Beetz a souligné l'importance capitale du laps de temps entre les deux déclarations. Certes, il y a eu en l'espèce un laps de temps considérable, assez en fait pour dissiper tout effet résiduel que la première déclaration et les circonstances dans lesquelles elle a été faite auraient pu avoir sur la seconde déclaration. En recueillant celle-ci, on n'a fait aucune mention de la première. L'accusé savait à ce moment-là que la police avait obtenu d'autres preuves qui ont donné lieu à l'interrogatoire du 18 janvier. Je ne suis pas disposé, dans un cas comme celui-ci, à dire qu'il existe une présomption de vice simplement parce qu'on a conclu à l'irrecevabilité de la déclaration antérieure, lorsque cette conclusion se fonde sur l'omission par le ministère public de fournir une preuve convaincante. Quoi qu'il en soit, étant donné qu'il incombe au ministère public d'établir la recevabilité de toute déclaration de l'accusé recueillie par la police, la présomption avancée en l'espèce ne peut concerner que le caractère convaincant de la preuve.

Il ne peut y avoir de règle absolue selon laquelle, simplement parce qu'on a jugé irrecevable une déclaration antérieure, une seconde déclaration recueillie par les mêmes policiers doit, elle aussi, être irrecevable. Ce sont les faits, y compris la similitude des circonstances et des procédés employés par la police ainsi que le laps de temps entre les deux déclarations, qui doivent être déterminants. En l'espèce, le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité ont estimé qu'il y avait lieu de conclure différemment quant à la recevabilité des deux déclarations. Je ne suis pas disposé à modifier leur conclusion que la seconde déclaration était à bon droit recevable en preuve.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appellant: Gerald R. Kluwak, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Murray D. Segal, Toronto.*

**Administrators of the Estate of George E. Halpenny Appellants;**

and

**Warren B. Paddon, Trustee of the Estate of Context Systems Inc., a Bankrupt Respondent.**

File No.: 15898.

1981: May 13, 14; 1982: April 5.

Present: Laskin C.J. and Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Securities — Debenture — Petition in bankruptcy filed before registration — Priorities — Effect of s. 75 of Bankruptcy Act — Whether or not late registration of debenture should be allowed — The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, c. 88, s. 7 — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 75.*

The sole surviving executor of appellant estate improperly loaned estate money to his company without the knowledge or consent of the beneficiaries. A debenture was executed at that time—in unregistrable form—but no payments were made under it. Before any facts came to light, the administrator died and letters of administration were taken out. The administrators' application for late registration of the debenture was dismissed before the court proceeded to grant a receiving order in a petition in bankruptcy against the debtor company. An appeal to the Court of Appeal was dismissed.

This appeal concerns the interrelationship of s. 7 of *The Corporation Securities Registration Act (C.S.R.A.)* and s. 75 of the *Bankruptcy Act*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The fraud, negligence or inadvertence of the executor was a "sufficient cause" for failure to register the debenture within the terms of s. 7(1) of the *C.S.R.A.* However, by the operation of s. 50(4) of the *Bankruptcy Act*, the corporation's assets vested, in the trustee in bankruptcy on the date of the filing of the petition in bankruptcy, and accordingly the rights of the creditors therein were crystallized on that date. Section 75(1) of the *Bankruptcy Act* did not operate in these circum-

**Administrateurs de la succession de George E. Halpenny Appellants;**

et

**<sup>a</sup> Warren B. Paddon, syndic de l'actif de Context Systems Inc., une faillie Intimé.**

N° du greffe: 15898.

<sup>b</sup> 1981: 13, 14 mai; 1982: 5 avril.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Valeurs mobilières — Débenture — Dépôt d'une pétition en faillite avant l'enregistrement — Créances privilégiées — Effet de l'art. 75 de la Loi sur la faillite — L'enregistrement hors délai de la débenture doit-il être autorisé? — The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, chap. 88, art. 7 — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 75.*

<sup>e</sup> L'unique exécuteur survivant de la succession appellante a irrégulièrement prêté à sa société des sommes de la succession, à l'insu des bénéficiaires de la succession et sans leur consentement. Il y a eu à cette époque émission d'une débenture qui ne revêtait pas la forme requise pour l'enregistrement, mais aucun paiement n'a été effectué en vertu de cette débenture. Avant que la situation n'émerge au grand jour, l'exécuteur est décédé et des lettres d'administration ont été produites. Les administrateurs ont présenté une requête en enregistrement hors délai de la débenture, qui a été rejetée avant <sup>f</sup> que la cour ne rende une ordonnance de séquestre par suite d'une pétition en faillite déposée contre la société débitrice. L'appel formé devant la Cour d'appel a été rejeté.

<sup>h</sup> Ce pourvoi porte sur l'interdépendance de l'art. 7 de *The Corporation Securities Registration Act (C.S.R.A.)* et de l'art. 75 de la *Loi sur la faillite*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>i</sup> La fraude, la négligence ou l'inadvertance de l'exécuteur constitue une «cause suffisante» de l'omission d'enregistrer la débenture, au sens du par. 7(1) de la *C.S.R.A.* Toutefois, en vertu du par. 50(4) de la *Loi sur la faillite*, l'actif de la société était dévolu au syndic de faillite à compter de la date du dépôt de la pétition en faillite et c'est donc à cette date que les droits des créanciers sur cet actif se sont concrétisés. Le <sup>j</sup> paragraphe 75(1) de la *Loi sur la faillite* n'a pas pour

stances to preserve a right or authority to register a debenture pursuant to s. 7 of the *C.S.R.A.* or otherwise so as to cause the debenture, when so registered, to be binding on the trustee in bankruptcy, and thereby elevate appellant's unsecured claim to a secured claim in priority to existing creditors at the time of registration. The problem of rectifying the deficiencies in the form of the debenture, therefore, became academic.

*In Re S. Abrahams & Sons*, [1902] 1 Ch. 695; *In Re Kris Cruisers, Limited*, [1949] Ch. 138; *Re Heather's House of Fashion Inc.* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 161; *Re Pic-N-Save Limited* (1973), 19 C.B.R. (N.S.) 42, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1979), 41 N.R. 463, dismissing an appeal from a judgment of Anderson J. Appeal dismissed.

*Earl A. Cherniak, Q.C.*, for the appellants.

*F. Bennett*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This appeal raises the interrelationship of *The Corporation Securities Registration Act*, R.S.O. 1970, c. 88, as amended, and the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, where bankruptcy proceedings arise before registration of a corporate debenture is completed. The facts are simple but their chronology is most important. A sole executor in the appellant estate improperly withdrew moneys from the estate and caused them to be advanced to a company of which the sole executor was the president and presumably the principal or sole stockholder. The loan was made without the knowledge or consent of the beneficiaries of the estate. A debenture was executed by the debtor company on or about the time the moneys were improperly advanced by the estate, but the debenture was never registered under *The Corporation Securities Registration Act*, *supra*, which for convenience is hereafter referred to as the *C.S.R.A.* Furthermore, the debenture was not in registrable form.

effet en l'espèce de préserver un droit ou un pouvoir d'enregistrer une débenture conformément à l'art. 7 de la *C.S.R.A.* ou à quelque autre disposition, de manière que la débenture ainsi enregistrée lie le syndic de faillite et, de ce fait, transforme la créance non garantie de l'appelante en créance garantie privilégiée par rapport aux créanciers existant au moment de l'enregistrement. La question de la rectification des vices de forme de la débenture perd donc tout intérêt pratique.

Jurisprudence: *In Re S. Abrahams & Sons*, [1902] 1 Ch. 695; *In Re Kris Cruisers, Limited*, [1949] Ch. 138; *Re Heather's House of Fashion Inc.* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 161; *Re Pic-N-Save Limited* (1973), 19 C.B.R. (N.S.) 42.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 41 N.R. 463, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Anderson. Pourvoi rejeté.

*Earl A. Cherniak, c.r.*, pour les appelants.

*F. Bennett*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Ce pourvoi soulève la question de l'interdépendance de *The Corporation Securities Registration Act*, R.S.O. 1970, chap. 88 et modifications, et de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, dans le cas où des procédures de faillite sont entamées avant l'enregistrement d'une débenture émise par une société. Les faits sont simples, mais leur chronologie revêt une importance capitale. L'unique exécuteur de la succession appelante a irrégulièrement retiré des sommes de cette succession et les a fait avancer à une société dont il était le président et, vraisemblablement, le principal ou le seul actionnaire. Le prêt a été consenti à l'insu des bénéficiaires de la succession et sans leur consentement. La société débitrice a émis une débenture à l'époque où les sommes ont été irrégulièrement avancées par la succession, mais la débenture n'a jamais été enregistrée conformément à *The Corporation Securities Registration Act*, précitée, qui pour plus de commodité est appelée ci-après la *C.S.R.A.* En outre, la débenture ne revêtait pas la forme requise pour l'enregistrement.

No payments were ever made under the debenture and before any of the facts came to light the executor of the appellant estate disappeared and was found dead. Letters of administration were taken out and the administrators in due course applied to the court for an order under s. 7 of the *C.S.R.A.* for the late registration of the debenture. The following is a chronology of these events.

- (a) November 26, 1975: date of debenture of corporate debtor.
- (b) April 30, 1976: resolution of the board of the corporate debtor authorizing the debt.
- (c) November 23, 1978: petition in bankruptcy against corporate debtor.
- (d) January 10, 1979: motion by appellants for order for late registration of debenture under *C.S.R.A.*
- (e) January 30, 1979: order for late registration refused; order dated 31 January 1979.
- (f) January 30, 1979: after motion refused, petition in bankruptcy heard and granted (date of order not in the record).

It would appear that the motion for an order for the late registration of the debenture was adjourned in order to bring it on for hearing in Bankruptcy Court by Mr. Justice Anderson who was scheduled to hear the petition in bankruptcy against the debtor company on January 30, 1979. Hence the application and the petition were heard by Anderson J. in that order on January 30. It would appear that while the formal order dismissing the application for late filing is dated January 31, in fact oral reasons were given at the conclusion of the hearing and this order was dismissed prior to the receiving order which was apparently made orally on January 30.

Two principal issues are raised in this appeal:

1. Does s. 7 of the *C.S.R.A.* empower the Court

Aucun paiement n'a jamais été effectué en vertu de la débenture et, avant que la situation n'émerge au grand jour, l'exécuteur de la succession appellante est disparu et a été retrouvé mort. Des lettres d'administration ont été produites et, en temps utile, les administrateurs ont demandé à la cour de rendre, conformément à l'art. 7 de la *C.S.R.A.*, une ordonnance d'enregistrement hors délai de la débenture. Voici la chronologie de ces événements.

- a) Le 26 novembre 1975: date d'émission de la débenture de la société débitrice.
- b) Le 30 avril 1976: le conseil d'administration de la société débitrice adopte une résolution autorisant l'emprunt.
- c) Le 23 novembre 1978: présentation d'une pétition en faillite contre la société débitrice.
- d) Le 10 janvier 1979: requête des appelants en vue d'obtenir une ordonnance d'enregistrement hors délai de la débenture, conformément à la *C.S.R.A.*
- e) Le 30 janvier 1979: l'ordonnance d'enregistrement hors délai est refusée; ordonnance datée du 31 janvier 1979.
- f) Le 30 janvier 1979: après le rejet de la requête, la pétition en faillite est entendue et accueillie (la date de l'ordonnance n'est pas inscrite au dossier).

Il semblerait que la requête en enregistrement hors délai de la débenture a été reportée afin d'en saisir le juge Anderson siégeant en matière de faillite, qui devait, le 30 janvier 1979, entendre la pétition en faillite présentée contre la société débitrice. Le 30 janvier, le juge Anderson a donc entendu respectivement la requête puis la pétition. Bien que le dispositif de l'ordonnance rejetant la requête en dépôt hors délai soit daté du 31 janvier, il semble qu'en fait des motifs oraux ont été rendus à l'issue de l'audience et que cette ordonnance a été rejetée avant l'ordonnance de séquestre qui a apparemment été rendue oralement le 30 janvier.

Ce pourvoi soulève deux questions principales:

1. L'article 7 de la *C.S.R.A.* confère-t-il à la cour le pouvoir



- (a) in the circumstances of this appeal to issue an order extending the time for registering the debenture;
- (b) to make an order extending time for registration when the effect would be to give the appellant priority over creditors whose claims arose in the period between the expiry of the time for registration and the application for an order extending the period for registration; and,
- (c) to rectify omissions in the form of the debenture so as to put the debenture in registrable form?
2. Does s. 75 of the *Bankruptcy Act, supra*, operate so as to enable the Court to make an effective order under s. 7 of the *C.S.R.A.* as above notwithstanding the fact that such order would be made after the effective date of a receiving order, that is to say the date of the petition in bankruptcy?
- The learned trial judge refused the application on two grounds: Firstly,
- If it [the order permitting late filing] affects the rights of the creditors and affects the rights of the holder as against the creditors it does so adversely, and it would be an improper exercise of discretion to grant relief to the applicant which had that result. If it does not affect those rights the order has no effect and the discretion ought not to be exercised to make a bootless order.
- Secondly, the trial court interpreted s. 7(1) of the *C.S.R.A.* as limiting the circumstances in which such an order might be made by the application of the interpretative rule of *ejusdem generis* to the expression "... any omission or misstatement in any document filed under this Act was accidental or due to inadvertence or impossibility or other sufficient cause. ...". The court found no such circumstance here arising. The Court of Appeal, speaking through Dubin J.A., did not agree that s. 7, where the words "other sufficient cause" are employed, should be read *ejusdem generis* with the words "accidental, inadvertence or impossibility". The Court of Appeal further disagrees with the judge of first instance that an order for extension
- a) de rendre, en l'espèce, une ordonnance de prorogation du délai d'enregistrement de la débenture;
- b) de rendre une ordonnance de prorogation du délai d'enregistrement lorsque cela aurait pour effet de privilégier l'appelante par rapport aux créanciers dont les réclamations sont survenues au cours de la période comprise entre l'expiration du délai d'enregistrement et la demande d'ordonnance de prorogation de ce délai; et
- c) de rectifier tout vice de forme de la débenture de manière à pouvoir l'enregistrer?
2. L'article 75 de la *Loi sur la faillite*, précitée, permet-il à la cour de rendre une ordonnance exécutoire en vertu de l'art. 7 de la *C.S.R.A.*, comme mentionné ci-dessus, même si cette ordonnance est rendue après la date d'entrée en vigueur d'une ordonnance de séquestre, c'est-à-dire la date de la pétition en faillite?
- Le savant juge de première instance a rejeté la requête pour deux motifs. En premier lieu:
- [TRADUCTION] Si elle [l'ordonnance autorisant le dépôt hors délai] a un effet sur les droits des créanciers et sur ceux de l'obligataire par rapport aux créanciers, cet effet est négatif et ce serait un exercice irrégulier du pouvoir discrétionnaire que d'accorder à la demande un redressement qui aurait ce résultat. Si l'ordonnance n'a aucune incidence sur ces droits, elle est sans effet et le pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être exercé pour rendre une ordonnance inutile.
- En second lieu, la cour de première instance, appliquant la règle d'interprétation *ejusdem generis* à l'expression [TRADUCTION] «... une omission ou fausse déclaration dans un document déposé conformément à la présente loi était accidentelle ou relevait de l'inadvertance, de l'impossibilité ou d'une autre cause suffisante...», a estimé que le par. 7(1) de la *C.S.R.A.* limite les circonstances dans lesquelles on peut rendre pareille ordonnance. La cour a conclu à l'absence de ces circonstances en l'espèce. Le juge Dubin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, n'a pas convenu qu'en vertu de la règle *ejusdem generis*, les mots «autre cause suffisante» figurant à l'art. 7 doivent être rattachés aux mots «accidentelle, inadvertance ou impossibilité».

of time to register should not be granted where there were creditors in existence at the time of the application for such an order. The Court of Appeal, however, agreed in the result with the trial court for two reasons:

(a) As regards s. 7 of the provincial Act:

Where the evidence discloses that the instrument was not registered so that its existence would be concealed from the public, an application to extend the time for registration should be dismissed.

(b) Because a petition in bankruptcy had been filed prior to the application for the order of extension, the effect of the receiving order, relating back as it does to the date of the petition, was to remove from the debtor and to transfer from it to the trustee all the assets of the debtor.

The Court of Appeal therefore concluded:

If an order were made to extend the time for registration, the instrument would be registered at a time when there was no property in the bankrupt upon which it could give a valid security.

I turn now to the first submission with reference to the authority of the Court under s. 7(1) of the *C.S.R.A.* to make an order extending the time for registration of the debenture in question.

As stated, s. 2(1) and (3) of the *C.S.R.A.* require the registration of a debenture within thirty days of execution to be effective against subsequent creditors which include a bankruptcy trustee (s. 1(f)). Section 7(1) of the Act then makes provision for late registration:

7.—(1) Subject to the rights of other persons accrued by reason of any omission or misstatement referred to in this section, a judge of the Supreme Court, on being satisfied that the omission to file an instrument or affidavit within the time prescribed by this Act or any omission or misstatement in any document filed under this Act was accidental or due to inadvertence or impossibility or other sufficient cause, may, in his discretion, extend the time for registration, or order the omission or misstatement to be rectified on such terms and conditions, if any, as to security, notice by advertise-

La Cour d'appel n'a pas partagé non plus l'avis du juge de première instance selon lequel il n'y a pas lieu de rendre une ordonnance de prorogation du délai d'enregistrement lorsqu'il existe des créanciers au moment où une requête est déposée en vue d'obtenir une telle ordonnance. Toutefois, la Cour d'appel a finalement donné raison à la cour de première instance pour deux motifs:

a) Quant à l'art. 7 de la loi provinciale:

[TRADUCTION] Lorsqu'il ressort de la preuve que l'instrument n'a pas été enregistré pour en dissimuler l'existence au public, une demande de prorogation du délai d'enregistrement doit être rejetée.

b) Comme une pétition en faillite avait été déposée avant la demande d'ordonnance de prorogation, l'ordonnance de séquestre, qui rétroagit à la date de la pétition, a eu pour effet de transférer au syndic tout l'actif du débiteur.

La Cour d'appel a donc conclu:

[TRADUCTION] Si on rendait une ordonnance de prorogation du délai d'enregistrement, l'instrument serait enregistré au moment où la faillie ne possède aucun bien susceptible de constituer une sûreté valable.

J'en viens maintenant au premier moyen relatif au pouvoir de la Cour, en vertu du par. 7(1) de la *C.S.R.A.*, de rendre une ordonnance de prorogation du délai d'enregistrement de la débenture en question.

Suivant les par. 2(1) et (3) de la *C.S.R.A.*, une débenture doit être enregistrée dans les trente jours de son émission pour être opposable à tout créancier subséquent, y compris un syndic de faillite (al. 1f)). Ensuite, le par. 7(1) de la Loi traite de l'enregistrement hors délai:

[TRADUCTION] 7.—(1) Sous réserve des droits d'autres personnes acquis par suite d'une omission ou d'une fausse déclaration visée par le présent article, un juge de la Cour suprême, s'il est convaincu que l'omission de déposer un instrument ou une déclaration faite sous serment dans le délai prescrit par la présente loi ou que toute omission ou fausse déclaration dans un document déposé conformément à la présente loi était accidentelle ou relevait de l'inadvertance, de l'impossibilité ou d'une autre cause suffisante, peut, s'il le juge à propos, soit proroger le délai d'enregistrement, soit ordonner la recti-

ment or otherwise, or as to any other matter or thing, as he thinks fit to direct.

Setting to one side for the moment the opening phrase of the subsection, it will be seen that the authority to extend the time for registration may be exercised "in his discretion" when the judge is "satisfied that the omission to file . . . was accidental or due to inadvertence or impossibility or other sufficient cause. . . ." Plainly this is not a case of 'accident' or 'inadvertence' or 'impossibility'. The words "other sufficient cause" must, however, be accorded a meaning and a purpose for inclusion in the sentence. The words preceding this expression do not constitute a class and as Dubin J.A. said, speaking for the Court of Appeal: "This is not a case for the application of the *ejusdem generis* rule". In this connection see *In Re S. Abrahams & Sons*, [1902] 1 Ch. 695, at p. 699. But that, in my view, does not end the matter. The failure to register was assumed by the judges in both courts below to be the result of a positive decision 'because of the adverse effect it would have on the credit of the company'. No doubt the decision also reflected the desire of the sole surviving executor to keep the knowledge of the advances from the estate assets to his company from the beneficiaries of the estate. The executor had at least three legal personalities at the time in question: he was the sole surviving executor, the estate solicitor, and the president of the debtor company. In the latter capacity he was in opposite interest to the beneficiaries of the estate. He was in breach of his duty in his office as executor. His failure to register or to cause his company to register was a positive action in all the circumstances, no doubt carefully deliberated. In my view, this cause was of a kind quite different from the other enumerated causes in the subsection and is included in the expression "other sufficient cause".

However, it is said by the appellants and indeed by the Court of Appeal that the judicial discretion authorized in s. 7(1) should not be exercised where failure to register was due to a desire to conceal

fication de l'omission ou de la fausse déclaration suivant certaines modalités, s'il y a lieu, quant à la sûreté, quant à l'avis à donner, par voie d'annonce ou autrement, ou quant à toute autre question qu'il juge utile.

<sup>a</sup> Si on exclut pour le moment les premiers mots du paragraphe, on constate que le juge peut, «s'il le juge à propos», exercer son pouvoir de proroger le délai d'enregistrement s'il est «convaincu que l'omission de déposer . . . était accidentelle ou relevait de l'inadvertance, de l'impossibilité ou d'une autre cause suffisante . . . ». Il est clair qu'il n'est nullement question en l'espèce d'un «accident», d'«inadvertance» ou d'«impossibilité». Toutefois, les mots «autre cause suffisante» qui figurent dans la phrase, doivent avoir un sens et une raison d'être. Les mots qui précèdent cette expression ne constituent pas une catégorie et comme l'a dit le juge Dubin au nom de la Cour d'appel: [TRADUCTION] <sup>b</sup> «Il n'y a pas lieu d'appliquer en l'espèce la règle *ejusdem generis*.» Voir à cet égard l'arrêt *In Re S. Abrahams & Sons*, [1902] 1 Ch. 695, à la p. 699. Mais cela ne règle pas la question à mon avis. Les juges des deux cours d'instance inférieure ont tenu pour acquis que l'omission de procéder à l'enregistrement résultait d'une décision réfléchie [TRADUCTION] <sup>c</sup> «en raison de l'effet négatif qu'il aurait sur le crédit de la société». Il est indubitable que cette décision traduit également la volonté de l'unique exécuteur survivant de cacher aux bénéficiaires de la succession les avances versées à sa société à même l'actif de cette succession. A l'époque en question, l'exécuteur avait au moins trois personnalités juridiques: il était l'unique exécuteur survivant, l'avocat de la succession et le président de la société débitrice. En cette dernière qualité, il était en conflit d'intérêts avec les bénéficiaires de la succession. Il manquait à son devoir d'exécuteur. <sup>d</sup> Son omission de procéder à l'enregistrement ou de demander à sa société de s'en occuper était voulue en tout état de cause et sans doute mûrement réfléchie. A mon avis, il s'agit là d'une cause qui est tout à fait différente de celles énumérées dans le paragraphe et qui est visée par l'expression «autre cause suffisante».

Toutefois, les appelants et, en fait, la Cour d'appel déclarent qu'il n'y a pas lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire du par. 7(1) lorsque l'omission d'enregistrer est attribuable à la volonté de

the existence of the security from the public. In support is cited *In Re Kris Cruisers, Limited*, [1949] Ch. 138, where Vaisey J. said at pp. 141-42 that such an order would be appropriate to relieve a mortgagee of the consequences of his own negligence:

... provided that the court is satisfied that the omission to register was not an omission with any fraudulent intention but was, in the words of the Act, "due to inadvertence or to some other sufficient cause" ... That seems to me to be inadvertence, inattention, carelessness, but very far removed from the kind of case in which this relief should be refused—a typical case of which would be obviously where there was some fraudulent or improper motive in withholding the knowledge of the existence of the charge from the public, to whom the registration of it would have given the appropriate notice.

There the court was concerned with carelessness of the corporate officers and their legal advisers. The illustrations mentioned in the quotation above are *ex gratia* comments on the reach of a similar but not identical provision to that found in s. 7(1). Here we are concerned with an estate whose agent acted against the interests of the estate and in his own interests; a breach of his duty as an officer appointed by the court to administer the assets of the deceased. The beneficiaries are directly affected. While, as regards Mitches, the failure to register is unexplained, as regards the beneficiaries there is an explanation which appears in the record. That explanation is that the existence of the debenture was unknown to the beneficiaries until after Mitches' death, at which time the present proceedings were begun. From the point of view of the appellants, the fraud, negligence or inadvertence of Mitches is a "sufficient cause" for a failure to register. This is completely different from a case where a party first deliberately conceals a debenture, and then later seeks relief from a court. No doubt that would be the sort of case Vaisey J. was contemplating in the extract set out above.

The estate represented by the late executor was, of course, defenceless to the depredations of the

dissimuler au public l'existence de la sûreté. A l'appui de cet argument, on cite l'arrêt *In Re Kris Cruisers, Limited*, [1949] Ch. 138, où le juge Vaisey affirme, aux pp. 141 et 142, qu'il y aurait lieu de rendre pareille ordonnance pour épargner à un créancier hypothécaire les conséquences de sa propre négligence:

[TRADUCTION] ... pourvu que la cour soit convaincue que l'omission d'enregistrer ne résulte pas d'une intention frauduleuse, mais qu'elle est, pour reprendre les termes de la Loi, «attribuable à l'inadvertance ou à quelque autre cause suffisante» ... Il me semble s'agir là d'inadvertance, d'inattention, de négligence, ce qui n'a que très peu à voir avec le type de cas où il y aurait lieu de refuser ce redressement, dont un exemple typique serait le cas où il existait un motif frauduleux ou illégitime de dissimuler l'existence de la sûreté au public à qui l'enregistrement aurait permis d'être avisé de manière appropriée.

Dans cette affaire, il s'agissait d'incurie de la part des administrateurs de la société et de leur conseillers juridiques. Les exemples mentionnés dans l'extrait précité sont des observations incidentes sur la portée d'une disposition semblable, mais non identique, à celle qui se trouve au par. 7(1). Le présent litige porte sur une succession dont le mandataire a agi dans son propre intérêt au détriment de la succession; cela constitue un manquement à son devoir d'officier nommé par la cour pour administrer l'actif du défunt. Les bénéficiaires sont directement touchés. Alors que l'omission d'enregistrer est inexpliquée quant à Mitches, il existe une explication qui figure au dossier en ce qui concerne les bénéficiaires. Selon cette explication, ce n'est qu'après le décès de Mitches que les bénéficiaires ont appris l'existence de la débenture et c'est à ce moment que les présentes procédures ont été entamées. Du point de vue des appelants, la fraude, la négligence ou l'inadvertance de Mitches constitue une «cause suffisante» de l'omission d'enregistrer. Il s'agit en l'espèce d'un cas tout à fait différent de celui où une partie dissimule volontairement l'existence d'une débenture et demande ultérieurement un redressement à une cour. C'est sans doute là le type de cas qu'envisageait le juge Vaisey dans l'extrait précité.

La succession représentée par l'exécuteur décédé était évidemment sans protection contre les dépré-

personal representative at the time of his wrongdoing. The beneficiaries had no part in the appointment process of the wrongdoing executor who by an accident of fate became the sole surviving executor. The deceased selected him (and another who died) and the court appointed him to office by grant of letters probate. The substantive interest in the estate is that held by the beneficiaries. They are powerless in the selection procedure and virtually powerless in the appointment procedure of the personal representative of the deceased, the executors of the estate. They are, however, at considerable risk in practice and with little authority in the administration of the affairs of the estate. It would be anomalous if a consideration of their plight were to be omitted from the determination of the exercise of discretion under s. 7.

The wrongdoer's appointment was revoked and the Probate Court appointed the appellants in his place. They now seek the exercise of the Court's discretion to permit late registration of this security. I can see nothing in s. 7(1) to bar a court from ordering the extension of time subject to such terms and conditions as may be appropriate and as the statute authorizes. Such an order is, of course, made in any event under the umbrella of the opening words of the subsection.

The learned judge of first instance declined to make the requested order for the further reason that such an order would either prejudice existing creditors of the company or be ineffective. His comments have been quoted above. The Court of Appeal took a different view. The existence of other creditors' claims which would be prejudiced by the priority accorded the debenture (other than those whose rights accrued by reason of the omission to register) should not be a bar to the exercise of discretion to extend. This the Court of Appeal said is so because "such other creditors should not be in a better position than they would have been if the registration had been made on time". With this I respectfully agree providing the Court is there referring to creditors' claims arising after the

dations de l'exécuteur survivant au moment où il les a commises. Les bénéficiaires n'avaient aucunement participé au processus de nomination de l'exécuteur fautif qui, par un coup du destin, est devenu l'unique exécuteur survivant. Le défunt l'a choisi (ainsi qu'une autre personne maintenant décédée) et la cour l'a nommé à ces fonctions par la délivrance de lettres de vérification. Ce sont les bénéficiaires qui possèdent un droit réel sur la succession. Ils n'ont aucun pouvoir en matière de sélection ni, pour ainsi dire, aucun pouvoir en matière de nomination des administrateurs du défunt, les exécuteurs testamentaires. Malgré le peu de pouvoir qu'ils détiennent relativement à la gestion des affaires de la succession, les bénéficiaires courent en pratique des risques considérables. Il serait donc anormal de ne pas tenir compte de leur situation en déterminant l'opportunité d'exercer le pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 7.

Il y a eu révocation de la nomination de l'exécuteur fautif et la Cour des successions et des tutelles l'a remplacé par les appelants. Ces derniers demandent maintenant à la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre l'enregistrement hors délai de cette sûreté. Je ne vois rien dans le par. 7(1) qui empêche une cour d'ordonner la prorogation du délai sous réserve des modalités qui peuvent être appropriées et que la loi autorise. Il va sans dire qu'une telle ordonnance est en tout état de cause assujettie aux restrictions apportées par les premiers mots du paragraphe.

Le savant juge de première instance a, en outre, refusé de rendre l'ordonnance demandée pour le motif qu'elle porterait préjudice aux créanciers existants de la société ou qu'elle serait inefficace. Ses observations sont citées plus haut. La Cour d'appel a adopté un point de vue différent. L'existence de réclamations d'autres créanciers auxquelles la priorité accordée à la débenture porterait atteinte (à l'exception de ceux qui ont acquis des droits par suite de l'omission d'enregistrer) ne doit pas empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire de proroger le délai. Il en est ainsi, selon la Cour d'appel, parce que [TRADUCTION] «ces autres créanciers ne doivent pas se trouver dans une situation meilleure que celle où ils se seraient trouvés si l'enregistrement avait été effectué dans

late registration is effected. This is so because the opening of s. 7(1) makes the extension order "subject to the rights of other persons accrued by reason of any omission or misstatement referred to in this section"; *i.e.* the failure to register the debenture within the thirty day period. On this point the judge of first instance took the opposite view doubting that these words afforded any protection to creditors and fearing that the attachment of any conditions, as the section invites the court to do, would be "merely . . . the deferral of the question which is now before me". With the greatest respect, I come to a different conclusion with reference to this aspect of s. 7(1).

The effect of all this, of course, is but to qualify the circumstances here encountered for the exercise of the statutory discretion. This, however, is all subject to the conclusion on the second issue, the operation in these proceedings of the *Bankruptcy Act, supra*.

If the second ground for judgment in the Court of Appeal is well founded, there is nothing that a court may properly or effectively do under s. 7 of the *C.S.R.A.*

The petition in bankruptcy preceded the application for extension of time under the *C.S.R.A.* by several months. By the operation of s. 50(4) of the *Bankruptcy Act, supra*:

50. . . .

(4) The bankruptcy shall be deemed to have relation back to and to commence at the time of the filing of the petition on which a receiving order is made or of the filing of an assignment with the official receiver.

The debtor from that date forward (November 23, 1978) was without assets, the assets being with effect that date vested in the trustee under the *Bankruptcy Act*. The rights of the creditors in these assets thus were crystallized on that date. Dubin J.A. put it this way in the Court of Appeal:

le délai prescrit». Avec égards, je partage cet avis pourvu que la cour entende par là les réclamations de créanciers survenues après l'enregistrement hors délai. Il en est ainsi en raison des premiers mots du par. 7(1) suivant lesquels une ordonnance de prorogation peut être rendue «sous réserve des droits d'autres personnes acquis par suite d'une omission ou d'une fausse déclaration visée par le présent article», c.-à-d. l'omission d'enregistrer la débenture dans le délai de trente jours. Sur ce point, le premier juge a exprimé l'avis contraire étant donné qu'il doutait que ces mots fournissent une protection quelconque aux créanciers et qu'il craignait que l'imposition de conditions, comme l'article invite la cour à le faire, ne contribue [TRADUCTION] «tout simplement qu'à reporter la question dont je suis maintenant saisi». Avec les plus grands égards, j'arrive à une conclusion différente quant à cet aspect du par. 7(1).

Il est évident que tout ceci n'a pour effet que de permettre, dans les circonstances de l'espèce, l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu par la loi, sous réserve toutefois de la conclusion relative à la seconde question, savoir l'application en l'espèce de la *Loi sur la faillite*, précitée.

Si le second motif de jugement de la Cour d'appel est bien fondé, il n'y a rien qu'une cour puisse faire adéquatement ou utilement en vertu de l'art. 7 de la *C.S.R.A.*

La pétition en faillite a précédé de plusieurs mois la demande de prorogation du délai fondée sur la *C.S.R.A.* Aux termes du par. 50(4) de la *Loi sur la faillite*, précitée:

50. . . .

(4) La faillite est réputée rétroagir et commencer au moment du dépôt de la pétition sur laquelle une ordonnance de séquestre est rendue, ou au moment de la production d'une cession auprès du séquestre officiel.

Depuis le 23 novembre 1978, la débitrice n'avait plus d'actif étant donné qu'en vertu de la *Loi sur la faillite*, il était dévolu au syndic à compter de cette date. C'est donc à cette date que les droits des créanciers sur cet actif se sont concrétisés. Voici ce qu'en dit le juge Dubin de la Cour d'appel:

A petition in bankruptcy was filed to the date of the application for an extension of time to register the instrument. Following the dismissal of the application to extend the time for registration, a receiving order was made, and the receiving order is not under appeal. If an order were made to extend the time for registration, the instrument would be registered at a time when there was no property in the bankrupt upon which it could give a valid security.

The Court of Appeal did not expressly refer to s. 75 of the *Bankruptcy Act, supra*, which the appellant says meets the situation otherwise arising as a result of s. 50(4) of that Act. The appellant goes on to conclude that s. 7(1) of the *C.S.R.A.* remains available to the Court for the authorization of late registration of the debenture. Section 75(1) of the *Bankruptcy Act, supra*, provides as follows:

75. (1) Subject to the foregoing provisions of this Act with respect to the effect of bankruptcy on an execution, attachment or other process against property, and with respect to the avoidance of certain settlements and preferences, nothing in this Act invalidates, in the case of bankruptcy

- (a) any payment by the bankrupt to any of his creditors,
- (b) any payment or delivery to the bankrupt,
- (c) any conveyance or transfer by the bankrupt for adequate valuable consideration, or
- (d) any contract, dealing, or transaction by or with the bankrupt for adequate valuable consideration,

if both the following conditions are complied with, namely:

- (e) that the payment, delivery, conveyance, assignment, transfer, contract, dealing, or transaction, as the case may be, is in good faith and takes place before the date of the bankruptcy, and
- (f) that the person, other than the debtor, to, by, or with whom the payment, delivery, conveyance, assignment, transfer, contract, dealing or transaction was made, executed or entered into, has not at the time of the payment, delivery, conveyance, assignment, transfer, contract, dealing or transaction, notice of any act of bankruptcy committed by the bankrupt.

[TRANSLATION] Une pétition en faillite a été déposée avant la date de la demande de prorogation du délai d'enregistrement de l'instrument. A la suite du rejet de la demande de prorogation du délai d'enregistrement, une ordonnance de séquestre a été rendue et cette ordonnance ne fait pas l'objet d'un appel. Si on rendait une ordonnance de prorogation du délai d'enregistrement, l'instrument serait enregistré au moment où la faillite ne possède aucun bien susceptible de constituer une sûreté valable.

La Cour d'appel ne s'est pas référée expressément à l'art. 75 de la *Loi sur la faillite*, précitée, qui, selon l'appelante, s'applique à la situation qui émanerait par ailleurs du par. 50(4) de cette loi. L'appelante ajoute que la Cour peut toujours se fonder sur le par. 7(1) de la *C.S.R.A.* pour autoriser l'enregistrement hors délai de la débenture. Voici le texte du par. 75(1) de la *Loi sur la faillite*, précitée:

75. (1) Sous réserve des dispositions précédentes de la présente loi quant à l'effet d'une faillite sur une exécution, une saisie ou une autre procédure contre des biens et quant à l'annulation de certaines dispositions de biens et préférences, rien de ce qui est contenu dans la présente loi n'invalide, dans le cas d'une faillite,

- a) un paiement du failli à l'un de ses créanciers,
- b) un paiement ou une remise au failli,
- c) une transmission ou un transport du failli pour contrepartie valable et suffisante, ou
- d) un contrat, un marché ou une transaction du failli, ou avec le failli, pour contrepartie valable et suffisante,

si les deux conditions suivantes sont observées, savoir:

- e) le paiement, la remise, la transmission, la cession, le transport, le contrat, le marché ou la transaction, selon le cas, s'opère de bonne foi et a lieu avant la date de la faillite, et
- f) la personne, autre que le débiteur, qui a fait le paiement, la remise, la transmission, la cession, le transport, le contrat, le marché ou la transaction, ou à qui ou avec qui ces actes ont été faits, n'a pas, au moment du paiement, de la remise, de la transmission, de la cession, du transport, du contrat, du marché ou de la transaction, connaissance d'un acte de faillite commis par le failli.

Omitting the surplusage, the subsection reads as regards the situation now before this Court as follows:

... nothing in this Act invalidates ... any ... transaction ... by ... the bankrupt for adequate valuable consideration, if ... the ... transaction ... is in good faith and takes place before the date of bankruptcy, and ... the person ... with whom the ... transaction was made ... has not at the time of the transaction, notice of any act of bankruptcy ...

Here the bankrupt received money from the appellant estate and issued in return therefor a debenture. Though that instrument was not registered, nor indeed was it in registrable form, it is not in law an invalid or unenforceable instrument as against the issuer by reason of nonregistration. In the limited record in this appeal it appears to be valid as against the debtor company. It is not, as we have seen above, binding on creditors of the issuing company. Section 75 does not affect this situation. It simply provides that the *Bankruptcy Act* shall not by any provision thereof invalidate the debenture as such if (as is the case here) it was issued in a transaction in good faith prior to the bankruptcy and without notice of any act of bankruptcy having been committed by the debenture issuer. All that refers to the transaction in which the debtor company borrowed money from the appellant and issued, as evidence of the debt, the debenture which included a floating charge against the assets of the company. None of that transaction is, by reason of s. 75, invalidated by the *Bankruptcy Act*.

However, the debenture was not registered and by applicable provincial law it was not effective as against creditors (s. 2(1) and (3) of the *C.S.R.A.*). The term "creditor", by s. 1(f) of the same statute, includes a trustee under the *Bankruptcy Act*. There is, therefore, nothing "to invalidate" in the words of s. 75(1) by reason of the failure to register the debenture. Provincial law had already precluded any third party effect in the debenture. The *Bankruptcy Act* is left with nothing to engage under s. 75. The estate remains an unsecured creditor of the company under the pending bank-

Si on enlève ce qui est superflu, voici comment se lit le paragraphe, en ce qui concerne la situation dont cette Cour est saisie en l'espèce:

... rien de ce qui est contenu dans la présente loi n'invalide ... une transaction du failli ... pour contrepartie valable et suffisante, si ... la transaction ... s'opère de bonne foi et a lieu avant la date de la faillite, et ... [si] la personne ... avec qui [la transaction a été faite] ... n'a pas, au moment ... de la transaction, connaissance d'un acte de faillite ...

En l'espèce, la faillie a reçu de l'argent de la succession appelante et, en contrepartie, elle a émis une débenture. Même si cet instrument n'a pas été enregistré et même si, en fait, il ne revêtait pas la forme requise pour l'enregistrement, le non-enregistrement n'en fait pas, sur le plan juridique, un instrument invalide ou non exécutoire à l'égard de l'émettrice. D'après le dossier restreint dont nous disposons en l'espèce, il s'agirait d'un instrument valide à l'égard de la société débitrice. Comme nous l'avons déjà vu, il ne lie pas les créanciers de la société émettrice. L'article 75 ne change rien à cette situation. Il prévoit simplement qu'aucune disposition de la *Loi sur la faillite* ne permet d'invalider la débenture comme telle si (comme c'est le cas en l'espèce) elle a été émise dans le cadre d'une transaction conclue de bonne foi avant la faillite et sans qu'on ait eu connaissance d'un acte de faillite commis par l'émettrice de la débenture. Tout ceci se rapporte à la transaction par laquelle la société débitrice a emprunté de l'argent à l'appelante et a émis, comme preuve de la dette, la débenture assortie d'un privilège général grevant l'actif de la société. L'article 75 de la *Loi sur la faillite* n'invalide en aucune façon cette transaction.

Toutefois, la débenture n'a pas été enregistrée et, en vertu de la loi provinciale applicable, elle est inopposable aux créanciers (par. 2(1) et (3) de la *C.S.R.A.*). Suivant l'al. 1f) de cette même loi, le terme [TRADUCTION] «créancier» comprend un syndic visé par la *Loi sur la faillite*. Il n'y a donc rien qui puisse «invalider» au sens du par. 75(1) en raison de l'omission d'enregistrer la débenture. La loi provinciale avait déjà privé la débenture de tout effet sur des tiers. Il ne reste rien auquel l'art. 75 de la *Loi sur la faillite* puisse s'appliquer en l'espèce. La succession demeure une créancière



ruptcy, its status wholly unaffected by s. 75(1).

The failure to register the debenture created the unsecured status of the appellant and s. 75(1) has no affirmative effect which might improve or elevate that status to one of a secured creditor, or even to the stage where an order under s. 7 of the provincial Act might have that effect against existing creditors. The failure to register is not a "transaction" separate and distinct from the act of the issuance of the debenture. The registration to be effected under s. 7(1) is likewise not a new "transaction" and even if it were it does not meet three of the four tests or standards of s. 75(1). Firstly, there is no independent "valuable consideration" in support of the alleged "transaction". Secondly, it did not take place before the bankruptcy. Thirdly, the appellant is not effecting this new "transaction" without notice of any act of bankruptcy on the part of the issuing company. Whatever s. 75 may be thought to contemplate, it does not include such an artificial concept of "transaction" and certainly not a transaction where the party to it, who now claims the protection of s. 75, had full knowledge of the bankruptcy of the issuer. To qualify under s. 75 the appellant must take the "transaction" to be that which occurred in 1975 when the debenture was issued so as to escape the fatality of notice of the bankruptcy of the debtor company under s. 75(1); but that transaction, the debenture, is not invalidated by the *Bankruptcy Act*. However, the preservation against invalidation must be directed to the act of late registration and not to the act of issuance of the debenture, which would occur entirely after the bankruptcy and the concurrent appointment of the trustee.

Section 75 cannot, in my view, be seen to arrest in some manner the dating back of the receiving order under s. 50(4) so as to make effective an order made under s. 7(3) of the provincial Act. Dubin J.A. must be taken to allude to this when he observed: "There is no authority to extend the time for registration *nunc pro tunc*". The Ontario Court of Appeal dealt with some aspects of the *Bank-*

non garantie de la société sous le régime de la faillite en cours, le par. 75(1) ne changeant absolument rien à sa situation.

Si l'appelante est créancière non garantie, cela résulte de l'omission d'enregistrer la débenture et le par. 75(1) n'a aucun effet susceptible d'améliorer la situation de l'appelante en la portant au rang des créanciers garantis ou en faisant en sorte qu'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 7 de la loi provinciale pourrait avoir cet effet par rapport aux créanciers existants. L'omission d'enregistrer ne constitue pas une «transaction» distincte de l'émission de la débenture. De même, l'enregistrement prescrit par le par. 7(1) n'est pas une nouvelle «transaction», et même si c'était le cas, il ne satisfait pas à trois des quatre critères ou normes établis au par. 75(1). Premièrement, la présumée «transaction» n'est pas assortie d'une «contrepartie valable» distincte. Deuxièmement, elle n'a pas eu lieu avant la faillite. Troisièmement, l'appelante n'effectue pas cette nouvelle «transaction» sans avoir connaissance d'un acte de faillite commis par la société émettrice. Quel que soit l'objet que l'on puisse prêter à l'art. 75, il n'inclut pas une telle notion artificielle de «transaction» et sûrement pas une transaction où l'une des parties, qui requiert maintenant la protection de l'art. 75, était parfaitement au courant de la faillite de l'émettrice. Pour être en mesure de se prévaloir de l'art. 75, l'appelante doit considérer que la «transaction» est celle qui a eu lieu en 1975 au moment de l'émission de la débenture, de manière à échapper aux conséquences inévitables, en vertu du par. 75(1), de la connaissance de la faillite de la société débitrice; mais la *Loi sur la faillite* n'invalide pas cette transaction, c'est-à-dire la débenture. Toutefois, ce n'est pas l'émission de la débenture qui doit être protégée contre l'invalidation, mais plutôt l'enregistrement hors délai qui aurait lieu tout à fait après la faillite et la nomination concomitante du syndic.

A mon avis, on ne peut considérer que l'art. 75 suspend d'une manière quelconque l'effet rétroactif de l'ordonnance de séquestre prévu au par. 50(4), de manière à rendre exécutoire une ordonnance rendue conformément au par. 7(3) de la loi provinciale. On doit considérer que c'est ce que le juge Dubin de la Cour d'appel a voulu dire lorsqu'il a fait remarquer ce qui suit: [TRADUC-

*ruptcy Act* and s. 7 of the *C.S.R.A.* in *Re Heather's House of Fashion Inc.* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 161. While that case is fundamentally different from the instant case in that the petition in bankruptcy was not filed until after the registration of the debenture, it does contain helpful observations about the interrelationship of the two statutes here under consideration, and explains in part the judgment of the Court of Appeal in this appeal. For example, Dubin J.A. for the Court in *Heather's, supra*, stated, at p. 165:

This court held that in light of s. 2(3), where the petition in bankruptcy preceded the date of registration of the debenture, the debenture was void as against the unsecured creditors who became such prior to registration. In arriving at that conclusion, the court was content to merely state the words of s. 2(3) without any extended reasons. However, in the *Re Pic-N-Save Ltd.* case [19 C.B.R. (N.S.) 42], by reason of the receiving order relating back to the date of the filing of the petition as provided for in the Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, the property of the debtor had vested in the trustee in bankruptcy before the debenture had been registered. Therefore, in the *Re Pic-N-Save Ltd.* case at the date of registration there was no property in the bankrupt upon which he could give a valid security.

In *Re Pic-N-Save Limited* (1973), 19 C.B.R. (N.S.) 42, the petition, as here, was filed before the registration of the debenture. The trial judge held that the debenture was valid as against the trustee in bankruptcy by reason of s. 75 and notwithstanding s. 50(4). With that the Court of Appeal (at p. 50) appears to have disagreed. Houlden J. (as he then was), sitting in Bankruptcy Court, applied s. 75 in the protection of the debenture as follows, at p. 49:

If s. 75(1) is interpreted in the manner that I have suggested, then the debenture received by the bank falls within its protection. The debenture was given for adequate valuable consideration. It was received by the bank prior to the date of the receiving order, and the bank had no notice of any act of bankruptcy committed by the bankrupt. In my opinion, s. 75(1) was designed to protect a bona fide transaction such as the present one.

TION] «Il n'existe aucun pouvoir de proroger le délai d'enregistrement *nunc pro tunc.*» La Cour d'appel de l'Ontario a étudié certains aspects de la *Loi sur la faillite* et de l'art. 7 de la *C.S.R.A.* dans l'arrêt *Re Heather's House of Fashion Inc.* (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 161. Bien que cette affaire-là soit foncièrement différente de la présente instance en ce sens que la pétition en faillite n'a été déposée qu'après l'enregistrement de la débenture, l'arrêt comporte néanmoins des observations utiles sur l'interdépendance des deux lois en question ici et il explique en partie l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce. Par exemple, le juge Dubin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel dans l'arrêt *Heather's*, précité, affirme ce qui suit, à la p. 165:

[TRADUCTION] Cette cour a conclu que, compte tenu du par. 2(3), lorsque la pétition en faillite précède la date d'enregistrement de la débenture, cette dernière est inopposable aux créanciers non garantis dont la créance est antérieure à l'enregistrement. En tirant cette conclusion, la cour s'est contentée simplement de citer le par. 2(3) sans plus. Toutefois, dans l'affaire *Re Pic-N-Save Ltd.* [19 C.B.R. (N.S.) 42], comme l'ordonnance de séquestre rétroagissait à la date du dépôt de la pétition, conformément à la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3, les biens de la débitrice étaient dévolus au syndic de faillite avant l'enregistrement de la débenture. Par conséquent, dans l'affaire *Re Pic-N-Save Ltd.*, la faillie ne possédait, à la date de l'enregistrement, aucun bien susceptible de constituer une sûreté valable.

Dans l'affaire *Re Pic-N-Save Limited* (1973), 19 C.B.R. (N.S.) 42, tout comme en l'espèce, la pétition a été déposée avant l'enregistrement de la débenture. Le juge de première instance a conclu que la débenture était opposable au syndic de faillite en raison de l'art. 75 et nonobstant le par. 50(4). La Cour d'appel (à la p. 50) semble être en désaccord sur ce point. Le juge Houlden (tel était alors son titre), siégeant en matière de faillite, a appliqué l'art. 75 pour protéger la débenture, comme suit, à la p. 49:

[TRADUCTION] Si le par. 75(1) est interprété de la manière que je propose, la débenture reçue par la banque jouit alors de la protection de ce paragraphe. La débenture était assortie d'une contrepartie valable et suffisante. La banque l'a reçue avant la date de l'ordonnance de séquestre et elle n'avait pas connaissance d'un acte de faillite commis par la faillie. A mon avis, le par. 75(1) est destiné à protéger une transaction conclue de bonne foi comme celle dont il est question en l'espèce.

There, of course, the debenture was registered within the thirty day period and before the receiving order was issued. In our case the registration could be effected only after an extension order and, at the earliest, two months after the petition was filed. The judgment in the Court of Appeal in *Pic-N-Save, supra*, is very difficult to reconcile with that of the trial judge therein although the appeal was dismissed. In so far as it purports to relate to the factual sequence in this appeal, I am content to leave *Pic-N-Save* as explained by Dubin J.A. in *Heather's, supra*, and in the judgment of the Court of Appeal herein.

I therefore would on this ground dismiss the application as s. 75(1) does not operate in these circumstances to preserve a right or authority to register a debenture pursuant to s. 7 of the provincial Act or otherwise so as to cause the debenture, when so registered, to be binding upon the trustee in bankruptcy and thereby elevate the unsecured claim of the appellant to a secured claim in priority to existing creditors at the time of registration.

This disposes of all the issues which have arisen in these proceedings except that relating to the rectification of the deficiencies in the form of the debenture itself. This matter was not dealt with in either of the courts below because, by reason of the order of dismissal, the problem was rendered academic. For the same reason I make no comment with reference to the position of the Court in such a circumstance.

In all the circumstances arising in this proceeding, I would take the lead of the courts below and make no order as to costs except that the respondent may recover his costs throughout from the estate of Context Systems Inc., the bankrupt.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Lerner & Associates, London.*

*Solicitors for the respondent: Harries, Houser, Toronto.*

Il est évident que, dans cette affaire-là, la débenture a été enregistrée dans le délai de trente jours et avant que l'ordonnance de séquestre soit rendue. En l'espèce, l'enregistrement ne pouvait s'effectuer qu'après une ordonnance de prorogation et, au plus tôt, deux mois après le dépôt de la pétition. L'arrêt *Pic-N-Save*, précité, de la Cour d'appel est très difficilement conciliable avec la décision alors rendue en première instance et ce, malgré le rejet de l'appel. Dans la mesure où l'arrêt *Pic-N-Save* est supposé se rapporter au déroulement des faits en l'espèce, je m'en tiens à l'explication qui en est donnée par le juge Dubin dans l'arrêt *Heather's*, précité, ainsi que dans les motifs de la Cour d'appel en l'espèce.

Donc, pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la requête étant donné que le par. 75(1) n'a pas pour effet en l'espèce de préserver un droit ou un pouvoir d'enregistrer une débenture conformément à l'art. 7 de la loi provinciale ou à quelque autre disposition, de manière que la débenture ainsi enregistrée lie le syndic de faillite et, de ce fait, transforme la créance non garantie de l'appelante en créance garantie privilégiée par rapport aux créanciers existant au moment de l'enregistrement.

Voilà qui règle toutes les questions soulevées dans ces procédures, sauf en ce qui concerne la rectification des vices de forme de la débenture elle-même. Aucune des cours d'instance inférieure n'a examiné cette question parce que, en raison de l'ordonnance de rejet, elle avait perdu tout intérêt pratique. Pour ce même motif, je ne me prononce pas sur la position de cette Cour dans un tel cas.

Compte tenu de toutes les circonstances de la présente affaire, je suis d'avis de suivre l'exemple des cours d'instance inférieure et de n'adjudger aucuns dépens sauf que l'intimé a droit au remboursement de ses dépens dans toutes les cours, à même l'actif de Context Systems Inc., la faillie.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants: Lerner & Associates, London.*

*Procureurs de l'intimé: Harries, Houser, Toronto.*

**Gérard Bolduc** *Appellant*;

and

**The Attorney General of Quebec** *Respondent*;

and

**His Honour Judge Jacques Lessard**  
*Respondent*;

and

**The Clerk of the Peace and the Crown for the District of Montreal** *Mis en cause*.

File No.: 16367.

1982: February 16; 1982: May 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Common law conspiracy — Conspiracy to cause persons to come into the United States unlawfully — Offence known to Canadian law — Presumption of territoriality under s. 423(3) of the Criminal Code — Information meets requirements of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(2)(a), 423(3) [as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 36], 463, 510, 512.*

*Mandamus — Preliminary inquiry — Motion to quash indictment allowed by the justice of the Peace — Error of law amounting to refusal to exercise jurisdiction — Basis for mandamus.*

Appellant was charged with conspiring to cause persons to enter the United States unlawfully. At the preliminary inquiry, he moved immediately to quash the indictment on the ground that the information did not allege an offence known to Canadian law. This motion was allowed, but the Superior Court reversed the decision and ordered that a writ of mandamus be issued directing the judge of the Court of Sessions of the Peace to go forward with the preliminary inquiry. The appeal by appellant to the Court of Appeal was dismissed.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The prerequisite for applying the presumption of s. 423(3) *Cr.C.*, in light of s. 423(2)(a) *Cr.C.*, is that the object of the conspiracy should constitute an unlawful purpose both in Canada and in the country where the conspirators intend to carry it out. The essence of the

**Gérard Bolduc** *Appellant*;

et

**Le procureur général du Québec** *Intimé*;

<sup>a</sup>

et

**Monsieur le juge Jacques Lessard** *Intimé*;

<sup>b</sup> et

**Monsieur le greffier de la Paix et de la Couronne du district de Montréal** *Mis en cause*.

<sup>c</sup> N° du greffe: 16367.

1982: 16 février; 1982: 10 mai.

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

<sup>d</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Complot de common law — Complot pour faire entrer des personnes illégalement aux États-Unis — Infraction connue en droit canadien — Présomption de territorialité de l'art. 423(3) du Code criminel — Dénonciation conforme aux exigences du Code criminel — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(2)a), 423(3) [modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 36] 463, 510, 512.*

*Mandamus — Enquête préliminaire — Requête en cassation de l'acte d'accusation accueillie par le juge de paix — Erreur de droit équivalant à un refus d'exercer sa juridiction — Ouverture à mandamus.*

<sup>e</sup> L'appelant a été accusé d'avoir comploté pour faire entrer illégalement des personnes aux États-Unis. A l'enquête préliminaire, il fit aussitôt une requête en cassation de l'acte d'accusation au motif que la dénonciation ne faisait pas état d'une infraction connue en droit canadien. Cette requête fut accueillie mais la Cour supérieure infirma cette décision et ordonna la délivrance d'un bref de *mandamus* enjoignant au juge de la Cour des sessions de la paix de procéder à l'instruction de l'enquête préliminaire. L'appel de l'appelant à la Cour d'appel fut rejeté.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> La condition essentielle de l'application de la présomption du par. 423(3) *C.cr.*, en regard de l'al. 423(2)a) *C.cr.*, est que l'objet du complot constitue un dessein illicite à la fois au Canada et dans le pays où les conspirateurs entendent l'accomplir. En l'espèce, l'es-

crime in the case at bar is conspiracy to effect unlawful entry, a crime which exists both in Canada and in the United States. As a consequence of the presumption of s. 423(3), the conspirators are deemed to have conspired to commit the offence in Canada. As regards the validity of the information, its wording meets the requirements of the law in this area (ss. 510, 512 *Cr.C.*).

Under s. 463 *Cr.C.*, the justice before whom an accused is charged must inquire into the charge. When, as in the case at bar, he quashes the information by making a fundamental error of law, this amounts to refusing to exercise his jurisdiction and will be a basis for *mandamus*.

*Board of Trade v. Owen and Seth-Smith* (1957), 41 Cr. App. R. 11; *R. v. Giguère* (1963), 41 C.R. 308; *R. v. Tremblay et al.* (1961), 40 C.R. 382; *R. v. Uvery*, [1969] 2 C.C.C. 305; *R. v. McNab* (1945), 83 C.C.C. 176; *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614, distinguished; *Kipp v. Attorney-General for the Province of Ontario*, [1965] S.C.R. 57; *Gralewicz et al. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 493; *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8; *R. v. Justices of Middlesex* (1877), 2 Q.B.D. 516; *Brodie and Barrett v. The King*, [1936] S.C.R. 188, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec (1980), 20 C.R. (3d) 372, which affirmed a judgment of the Superior Court, [1979] C.S. 497, ordering that a writ of *mandamus* be issued. Appeal dismissed.

Lynne Kassie, for the appellant.

Claude Provost, for the respondent the Attorney General of Quebec.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—The information which is the object of this appeal is based on subs. (3) of s. 423 of the *Criminal Code*.

Subsection (3) was added by s. 36 of the *Criminal Law Amendment Act, 1975*, 1974-75-76 (Can.), c. 93. Subsections (4), (5) and (6) were added at the same time. These new provisions became effective by proclamation on April 26, 1976. For purposes of clarification it is best that they be reproduced in full:

sence du crime c'est le complot pour une entrée illégale, crime qui existe aussi bien au Canada qu'aux États-Unis. En conséquence, par le jeu de la présomption du par. 423(3), les conspirateurs sont réputés avoir comploté pour commettre l'infraction au Canada. Quant à la validité de la dénonciation, son libellé satisfait aux impératifs de la loi en cette matière (art. 510, 512 *C.cr.*).

Aux termes de l'art. 463 *C.cr.*, le juge de paix devant qui un prévenu est inculpé doit enquêter sur l'accusation. Lorsque, comme en l'espèce, il casse la dénonciation en commettant une erreur de droit fondamentale, cela équivaut à un refus d'exercer sa juridiction et il y a lieu à *mandamus*.

Jurisprudence: arrêts distingués: *Board of Trade v. Owen and Seth-Smith* (1957), 41 Cr. App. R. 11; *R. v. Giguère* (1963), 41 C.R. 308; *R. v. Tremblay et al.* (1961), 40 C.R. 382; *R. v. Uvery*, [1969] 2 C.C.C. 305; *R. v. McNab* (1945), 83 C.C.C. 176; *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614; arrêts appliqués: *Kipp c. Attorney-General for the Province of Ontario*, [1965] R.C.S. 57; *Gralewicz et autres c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 493; *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8; *R. v. Justices of Middlesex* (1877), 2 Q.B.D. 516; *Brodie and Barrett c. The King*, [1936] R.C.S. 188.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1980), 20 C.R. (3d) 372, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1979] C.S. 497, ordonnant la délivrance d'un bref de *mandamus*. Pourvoi rejeté.

Lynne Kassie, pour l'appellant.

Claude Provost, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—La dénonciation sur laquelle porte ce pourvoi met en jeu le par. (3) de l'art. 423 du *Code criminel*.

Le paragraphe (3) a été ajouté par l'art. 36 de la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, 1974-75-76 (Can.), chap. 93. Furent ajoutés en même temps les par. (4), (5) et (6). Ces nouvelles dispositions sont entrées en vigueur par proclamation le 26 avril 1976. Pour une meilleure compréhension il convient de les reproduire en entier:

423. (1) ...

(2) ...

(3) Every one who, while in Canada, conspires with any one to do anything referred to in subsection (1) or (2) in a place outside Canada that is an offence under the laws of that place shall be deemed to have conspired to do in Canada that thing.

(4) Every one who, while in a place outside Canada, conspires with any one to do anything referred to in subsection (1) or (2) in Canada shall be deemed to have conspired in Canada to do that thing.

(5) Where a person has conspired to do anything that is an offence by virtue of subsection (3) or (4), the offence is within the competence of and may be tried and punished by the court having similar jurisdiction in respect of similar offences in the territorial division where he is found in the same manner as if the offence had been committed in that territorial division.

(6) Where, as a result of a conspiracy that is an offence by virtue of subsection (3) or (4), a person has been tried and convicted or acquitted outside Canada, he shall be deemed to have been tried and convicted or acquitted, as the case may be, in Canada.

The information of July 5, 1978 reads:

[TRANSLATION] Between 29-4-78 and 17-6-78 Mr. Gérard BOLDUC conspired with Jagdat BABOOLAL and other persons as yet unknown to commit in the United States of America an unlawful act, to wit, causing persons to come into the United States of America unlawfully, the whole contrary to the American Immigration and Naturalization Act and the Canadian Criminal Code, in particular ss. 423(2)(a) and 423(3) of the Criminal Code.

Appellant elected trial by a judge and jury.

On the day fixed for the preliminary inquiry, appellant immediately made a motion to quash, on the ground that the information did not allege an offence known to Canadian law.

In a very detailed judgment dated December 12, 1978, [1979] C.S.P. 1001, a judge of the Court of Sessions of the Peace allowed the motion and quashed the "indictment".

The Attorney General of Quebec, who is the respondent for the purposes of this appeal, filed in the Superior Court (criminal side) a motion asking that this decision be reversed and a writ of mandamus be issued.

423. (1) ...

(2) ...

(3) Les personnes qui, au Canada, complotent en vue de commettre, dans un pays étranger, des infractions visées aux paragraphes (1) ou (2) et également punissables dans ce pays sont réputés l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

(4) Les personnes qui, à l'étranger, complotent en vue de commettre, au Canada, les infractions visées aux paragraphes (1) ou (2) sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

(5) Les infractions prévues aux paragraphes (3) ou (4) sont connues et peuvent être jugées et punies par les tribunaux compétents pour juger les infractions de même nature de la circonscription territoriale où est trouvée la personne ayant conspiré, comme si l'infraction y avait été commise.

(6) La personne jugée à l'étranger à la suite d'un complot érigé en infraction en vertu des paragraphes (3) ou (4) est réputée avoir subi son procès et avoir été condamnée ou acquittée au Canada.

La dénonciation du 5 juillet 1978 se lit:

Entre le 29-4-78 et le 17-6-78 monsieur Gérard BOLDUC a comploté avec Jagdat BABOOLAL et d'autres personnes jusqu'ici inconnues en vue de commettre aux Etats-Unis d'Amérique un acte illicite à savoir faire entrer illégalement aux Etats-Unis d'Amérique des personnes le tout contrairement à la loi de l'immigration et Naturalisation Américaine et au Code Criminel Canadien plus spécifiquement les articles 423 (2)(a) et 423 (3) du Code Criminel. (sic)

L'appelant opta pour être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury.

Au jour fixé pour l'enquête préliminaire, l'appelant fit aussitôt une requête en cassation au motif que la dénonciation ne faisait pas état d'une infraction connue en droit canadien.

Par un jugement fort circonstancié en date du 12 décembre 1978, [1979] C.S.P. 1001, le juge de la Cour des sessions de la paix accueillit la requête et cassa «l'acte d'accusation».

Le procureur général du Québec qui est l'intimé pour les fins de ce pourvoi, s'adressa alors par requête à la Cour supérieure (juridiction criminelle) demandant d'infirmier cette décision et d'émettre un bref de *mandamus*.

In his judgment of May 16, 1979 the Superior Court judge first ruled that mandamus is the correct remedy. He went on to find that a motion to quash the information could not be made at the stage of the preliminary inquiry: it should wait until the trial of the issue. He accordingly ruled in favour of respondent on this ground. Although it was not then necessary for him to do so, the judge nevertheless ruled on the question of substance and expressed the view that the offence charged is an offence known to Canadian law. He proceeded to quash the decision of the judge of the Court of Sessions of the Peace and ordered that a writ of mandamus be issued directing the judge to go forward with the preliminary inquiry.

The appeal to the Court of Appeal of Quebec was dismissed unanimously.

In support of his appeal to this Court, appellant put forward three arguments which may be summarized as follows:

1. The information neither sets forth an offence known to Canadian law nor an offence contemplated by subs. (3) of s. 423 *Cr.C.*;

2. The information is void in that it does not meet the requirements of s. 510 *Cr.C.*;

3. There is no basis for a mandamus against a decision of the judge of the Court of Sessions of the Peace to quash the information.

1. The information does not set forth an offence known to Canadian law nor an offence contemplated by subs. (3) of s. 423 *Cr.C.*

On this point appellant submitted, if I understood correctly, two propositions:

- (a) The information does not set forth an offence known to Canadian law;
- (b) The offence described in the information is not the type of offence contemplated by subs. (3) of s. 423 *Cr.C.*

At the hearing counsel for the appellant presented these two propositions as two separate arguments. As however appellant dealt with them under the same heading in his factum, and if either is allowed the result is the same, namely to quash

Par son jugement du 16 mai 1979, le juge de la Cour supérieure détermine en premier lieu que le *mandamus* est le recours approprié. Il conclut ensuite qu'il n'y a pas ouverture à une requête en cassation de la dénonciation au stade de l'enquête préliminaire mais seulement au stade du procès. Aussi donne-t-il raison à l'intimé pour ce motif. Bien qu'il ne lui soit plus nécessaire de le faire, le juge se prononce néanmoins sur la question de fond et exprime l'avis que l'infraction reprochée est une infraction connue en droit canadien. Puis il annule la décision du juge de la Cour des sessions de la paix et ordonne l'émission d'un bref de *mandamus* enjoignant au juge de procéder à l'instruction de l'enquête préliminaire.

L'appel à la Cour d'appel du Québec fut rejeté à l'unanimité.

Au soutien de son pourvoi devant cette Cour, l'appellant invoque trois moyens qui peuvent se résumer ainsi:

1. La dénonciation ne fait pas état d'une infraction connue en droit canadien ni d'une infraction visée par le par. (3) de l'art. 423 *C.cr.*;

2. La dénonciation est nulle en ce qu'elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 510 *C.cr.*;

3. Il n'y a pas ouverture à *mandamus* à l'encontre de la décision du juge de la Cour des sessions de la paix de casser la dénonciation.

1. La dénonciation ne fait pas état d'une infraction connue en droit canadien ni d'une infraction visée par le par. (3) de l'art. 423 *C.cr.*

Sous cette rubrique, l'appellant soumet, si j'ai bien compris, deux propositions:

- a) La dénonciation ne fait pas état d'une infraction connue en droit canadien;
- b) L'infraction décrite dans la dénonciation n'est pas le genre d'infraction visé par le par. (3) de l'art. 423 *C.cr.*

A l'audience le procureur de l'appellant a présenté ces deux propositions comme autant de moyens distincts. Comme cependant dans son mémoire, l'appellant en traite sous une même rubrique et que si accueillie l'une ou l'autre aboutit

the information, I will deal with them as two propositions in support of the same argument, though I will treat the second proposition as an alternative to the first.

The offence charged here is the so-called "common law" conspiracy referred to in s. 423(2)(a) *Cr.C.*: "Every one who conspires with any one (a) to effect an unlawful purpose".

In *Gralewicz et al. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 493, a majority of this Court held that "in 423(2)(a) unlawful purpose means contrary to law, that is prohibited by federal or provincial legislation".

In the case at bar, the unlawful act stated in the information is [TRANSLATION] "causing persons to come into the United States of America unlawfully . . .". The information adds "the whole contrary to the American Immigration and Naturalization Act and the Canadian Criminal Code, in particular ss. 423(2)(a) and 423(3) of the Criminal Code." [sic]

This is where the new subs. 423(3), comes in, and it needs to be reproduced again:

(3) Every one who, while in Canada, conspires with any one to do anything referred to in sub-section (1) or (2) in a place outside Canada that is an offence under the laws of that place shall be deemed to have conspired to do in Canada that thing.

It is apparent on its face that this subsection does not create an offence. It creates a presumption of territoriality so as to make the conspiracy an offence punishable in Canada. Where, as in the case at bar, persons conspire in Canada to effect an unlawful purpose in the United States, which would not in itself be an offence punishable in Canada, they "shall be deemed to have conspired to do in Canada that thing". The result is to introduce the essential aspect which would otherwise be absent, and to make the offence punishable in Canada.

Subsection (2) of s. 5 *Cr.C.* provides as follows:

au même résultat, savoir la cassation de la dénonciation, je les aborderai comme deux propositions au soutien d'un même moyen tout en traitant la seconde comme une proposition subsidiaire à la première.

L'infraction ici reprochée est un complot dit de «common law» prévu à l'al. 423(2)a *C.cr.*: «Qui-conque complotte avec quelqu'un a) d'accomplir un dessein illicite».

Dans *Gralewicz et autres c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 493, cette Cour a décidé à la majorité que «l'expression «dessein illicite» de l'al. 423(2)a) signifie dessein contraire à la loi, interdit par une loi fédérale ou provinciale».

En l'espèce, l'acte illicite spécifié dans la dénonciation est de «faire entrer illégalement aux États-Unis d'Amérique des personnes . . .». La dénonciation ajoute: «de tout contrairement à la loi de l'immigration et Naturalisation Américaine et au Code Criminel Canadien plus spécifiquement les articles 423 (2)(a) et 423 (3) du Code Criminel.» (sic)

C'est ici qu'entre en jeu le nouveau par. 423(3) qu'il convient de reproduire une fois de plus:

(3) Les personnes qui, au Canada, complotent en vue de commettre, dans un pays étranger, des infractions visées aux paragraphes (1) ou (2) et également punissables dans ce pays sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada.

Il apparaît à sa face même que ce paragraphe ne crée pas une infraction. Il crée une présomption de territorialité de façon à faire du complot une infraction punissable au Canada. Lorsque comme en l'espèce des personnes complotent au Canada d'accomplir un dessein illicite aux États-Unis, ce qui en soi ne serait pas une infraction punissable au Canada, elles «sont réputées l'avoir fait en vue de les commettre au Canada». C'est là introduire l'élément essentiel qui autrement serait absent et rendre l'infraction punissable au Canada.

Le paragraphe (2) de l'art. 5 *C.cr.* prévoit ce qui suit:



(2) Subject to this Act or any other Act of the Parliament of Canada, no person shall be convicted in Canada for an offence committed outside of Canada.

In principle, therefore, a crime committed abroad is not punishable in Canada. A crime committed abroad will be punishable in Canada only in exceptional cases and as a result of the reservation contained in s. 5(2) above.

There are a number of these exceptions in the *Criminal Code*. Thus, in the case of piracy under s. 75:

75. (1) Every one commits piracy who does any act that, by the law of nations, is piracy.

(2) Every one who commits piracy while in or out of Canada is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

The same is true of offences committed on aircraft (s. 6(1.1), 6(3), 6(7) *Cr.C.*), certain offences committed abroad by public service employees (s. 6(2) *Cr.C.*), treason (s. 46(3) *Cr.C.*), the obtaining of passports (s. 58 *Cr.C.*), bigamy (s. 254 *Cr.C.*) and possession of stolen property (s. 312 *Cr.C.*).

A conspiracy in Canada to commit one of the listed offences abroad would be punishable in Canada. So would a conspiracy to commit murder or to cause another person to be murdered abroad, in view of s. 423(1)(a) *Cr.C.*, which provides for this specific case. However, appellant submitted that this is not true for conspiracy to commit abroad an offence which is not the subject of an exception. Appellant relied on the decision of the House of Lords on October 2, 1956 in *Board of Trade v. Owen and Seth-Smith* (1957), 41 Cr. App.R. 11, and he cited the following passage from the Lord Chief Justice at pp. 19 and 20:

Now, clearly if two Englishmen commit a burglary in France, they cannot be indicted for that crime in England. It would certainly seem illogical to hold that by agreeing to go to France to commit the offence they are guilty of a crime against our laws. But there are certain acts which by statute are crimes punishable in England

(2) Sous réserve de la présente loi ou de toute autre loi du Parlement du Canada, nul ne doit être condamné au Canada pour une infraction commise hors du Canada.

<sup>a</sup> En principe donc, un crime commis à l'étranger n'est pas punissable au Canada. Ce n'est qu'exceptionnellement et grâce à la réserve contenue dans le par. 5(2) ci-dessus qu'un crime commis à l'étranger sera punissable au Canada.

Il existe un certain nombre de telles exceptions dans le *Code criminel*. Ainsi, dans le cas de piraterie suivant l'art. 75:

<sup>b</sup> 75. (1) Commet une piraterie, quiconque accomplit un acte qui, d'après le droit des gens, constitue une piraterie.

(2) Quiconque commet une piraterie, pendant qu'il se trouve au Canada ou hors du Canada, est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité.

<sup>c</sup> Il en est de même pour les infractions commises à bord d'aéronefs (art. 6(1.1), 6(3), 6(7) *C.cr.*), pour certaines infractions commises à l'étranger par des employés du service public (art. 6(2) *C.cr.*), pour la trahison (art. 46(3) *C.cr.*), l'obtention de passeports (art. 58 *C.cr.*), la bigamie (art. 254 *C.cr.*), la possession de biens volés (art. 312 *C.cr.*).

<sup>d</sup> Un complot au Canada pour commettre à l'étranger l'une des infractions énumérées serait punissable au Canada. Le serait également un complot en vue de commettre un meurtre ou de faire assassiner une autre personne à l'étranger vu l'al. 423(1)a) *C.cr.* qui prévoit ce cas spécifique. Mais, soumet l'appelant, il en va autrement d'un complot pour commettre à l'étranger une autre infraction qui ne fait pas l'objet d'une exception. L'appelant se fonde sur l'arrêt de la Chambre des lords du 2 octobre 1956 dans *Board of Trade v. Owen and Seth-Smith* (1957), 41 Cr.App.R. 11 et il cite le passage suivant du Lord juge en chef aux pp. 19 et 20:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Or, il est évident que si deux Anglais commettent un cambriolage en France, on ne peut les poursuivre pour ce crime en Angleterre. Certes, il paraît illogique de conclure qu'en convenant d'aller commettre l'infraction en France ils contreviennent ainsi à nos lois. Il existe néanmoins des actes qui, aux termes de la loi,

wherever committed. Instances are murder, bigamy, offences against the Foreign Enlistment Act, 1870, the Official Secrets Acts and the Merchant Shipping Acts. The statutory exceptions are all collected on pp. 29 *et seq.* of Archbold, 33rd ed. In our opinion, the true rule is that a conspiracy to commit a crime abroad is not indictable in this country unless the contemplated crime is one for which an indictment would lie here.

However, this decision preceded the adoption of s. 423(3), and assuming that it was in keeping with Canadian law at the time, it cannot be used to interpret the new provision of the *Code*.

The parties admitted that the prerequisite for applying the presumption of s. 423(3) in light of s. 423(2)(a) is that the object of the conspiracy should constitute an unlawful purpose both in Canada and in the country where the conspirators intend to carry it out. The lower courts are unanimous on this point.

It is common ground that the unlawful entry of persons into Canada constitutes an offence under the *Immigration Act, 1976, 1976-77* (Can.), c. 52, s. 95. Although there is as yet no evidence of this, since no evidence has yet been presented at the preliminary inquiry, appellant admitted for the purposes of the appeal that the unlawful entry of persons into the United States constitutes an offence under the American "*Immigration and Naturalization Act*".

The difference between the parties lies in the fact that, in the submission of appellant, for there to be what counsel for the respondent called identity of offences, unlawful entry into the United States itself would have to constitute an offence in Canada. In other words, there would have to be a Canadian statutory provision specifically providing that unlawful entry into the United States constitutes an offence in Canada. Respondent argued, on the contrary, that the essence of the offence is unlawful entry, regardless of the country. Thus, in his submission, unlawful entry into the United States constitutes an offence in the United States and the corresponding offence in Canada is unlawful entry into Canada.

entraînent des sanctions en Angleterre, peu importe le lieu de perpétration. Parmi ces actes figurent le meurtre, la bigamie ainsi que les infractions à la Foreign Enlistment Act, 1870, aux Official Secrets Acts et aux Merchant Shipping Acts. Les exceptions prévues par la loi se trouvent réunies aux pp. 29 et suiv. d'Archbold, 33<sup>e</sup> édition. A notre avis, la véritable règle est celle-ci: un complot en vue de commettre un crime à l'étranger ne peut faire l'objet de poursuites en Angleterre, à moins que le crime envisagé ne puisse faire l'objet d'un acte d'accusation ici.

Cependant, cet arrêt précède l'adoption du par. 423(3) et à supposer qu'il fut en accord avec le droit canadien de l'époque, il ne peut servir à interpréter la disposition nouvelle du *Code*.

Les parties reconnaissent que la condition essentielle à l'application de la présomption du par. 423(3) en regard de l'al. 423(2)a, est que l'objet du complot constitue un dessein illicite à la fois au Canada et dans le pays où les conspirateurs entendent l'accomplir. Les cours d'instance inférieure sont unanimes sur ce point.

Il est acquis que l'entrée illégale de personnes au Canada constitue une infraction à la *Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77* (Can.), chap. 52, art. 95. Bien que la preuve n'en soit pas encore faite puisque aucune preuve n'a encore été faite à l'enquête préliminaire, l'appelant admet pour les fins du pourvoi que l'entrée illégale de personnes aux États-Unis constitue une infraction à la "*Loi de l'immigration et naturalisation américaine*".

Ce qui sépare les parties c'est que, selon l'appelant, pour qu'il y ait ce que le procureur de l'intimé a appelé l'identité des infractions, il faudrait que ce soit l'entrée illégale aux États-Unis comme telle qui constitue une infraction au Canada. Il faudrait, en d'autres termes, qu'il existe une disposition statutaire canadienne qui stipule de façon spécifique que l'entrée illégale aux États-Unis constitue une infraction au Canada. L'intimé soutient au contraire que l'essence de l'infraction c'est l'entrée illégale sans égard au pays. Ainsi, selon lui, l'entrée illégale aux États-Unis constitue une infraction aux États-Unis et l'infraction correspondante au Canada est l'entrée illégale au Canada.

For my part, I favour the interpretation of respondent, but I would point out that the comparison must be not so much between the names of the offences, which may vary, but more between their essential elements. It is possible, for example, that what constitutes the unlawful sale of alcoholic beverages in a given country will not necessarily constitute unlawful sale in Canada. The identity of offences must be understood as identity of their essential elements, so that the act, if committed in Canada, would constitute an offence in Canada. There is no problem in this respect in the case at bar, as for the purposes of this appeal, but for the purposes of this appeal only, the identity of the offences is admitted.

In my opinion, respondent's interpretation represents precisely what was intended by the presumption of subs. (3) of s. 423. The persons are deemed to have conspired to commit the offences in Canada. When applied to the circumstances here, this means that persons who have conspired to cause others to come into the United States unlawfully are deemed to have conspired to cause persons to come into Canada unlawfully.

Appellant submitted in this regard that a distinction should be made between an offence like that before the Court and an offence like, for example, robbery, which constitutes an offence in itself without it being in any way necessary to relate it to a particular country. He argued that robbery is still an offence, whether in New York or Toronto, in the United States or in Canada: whereas unlawful entry must be related to the country, and thus unlawful entry under American law is unlawful entry into the United States.

In my view this distinction is in error. It is only the nature of the offence which requires that it be described in terms of the country, and apart from the exceptions which we have seen such as piracy, in which an offence committed in another country constitutes an offence punishable in Canada, an offence is always created in Canada in terms of its territory. When the *Criminal Code* makes robbery an offence it refers to robbery committed in Canada, and not robbery committed in New York: however, it is not necessary to say this in every case, because it is self-evident and is in keeping

Je favorise pour ma part l'interprétation de l'intimé tout en précisant qu'il faudra comparer non pas tant la dénomination des infractions qui peut varier, mais surtout leurs éléments essentiels. On peut concevoir en effet que ce qui constitue, par exemple, une vente illégale de boissons alcooliques dans un pays donné ne constituera pas nécessairement une vente illégale au Canada. L'identité des infractions doit s'entendre de l'identité de leurs éléments essentiels de sorte que l'acte, si posé au Canada, constituerait une infraction au Canada. En l'espèce il n'y a pas de difficulté à cet égard car pour les fins de ce pourvoi, mais pour les fins de ce pourvoi seulement, l'identité des infractions est admise.

A mon sens l'interprétation de l'intimé représente précisément ce que vise la présomption du par. (3) de l'art. 423. Les personnes sont réputées avoir comploté pour commettre les infractions au Canada. Appliqué à l'espèce cela veut dire que les personnes ayant comploté pour faire entrer des personnes illégalement aux États-Unis sont réputées avoir comploté pour faire entrer des personnes illégalement au Canada.

L'appelant a soumis sous ce rapport qu'il y a lieu de faire une distinction entre une infraction comme la présente et une infraction comme par exemple le vol qualifié qui constitue en soi une infraction sans qu'il soit nécessaire de la relier à un pays. Le vol qualifié, dit-il, est toujours une infraction que ce soit à New York ou à Toronto, que ce soit aux États-Unis ou au Canada. Tandis que l'entrée illégale doit être reliée au pays et qu'ainsi l'entrée illégale réprouvée par la loi américaine c'est l'entrée illégale aux États-Unis.

A mon avis cette distinction est erronée. Ce n'est en effet que la nature de l'infraction qui requiert qu'elle soit décrite en la reliant au pays et sauf les exceptions que l'on a vues, comme la piraterie, où une infraction commise dans un autre pays constitue une infraction punissable au Canada, c'est toujours en rapport avec son territoire que le Canada crée une infraction. Lorsque le *Code criminel* fait du vol qualifié une infraction, il s'agit d'un vol qualifié commis au Canada et non d'un vol qualifié commis à New York. Mais, il n'est pas nécessaire de le dire dans chaque cas car cela va de

with subs. (2) of s. 5 of the *Code*. It is more difficult to describe unlawful entry without reference to the country, but even at that and although it is not necessary to decide the point, if s. 95 of the *Immigration Act, 1976* (*supra*) contained only the word “comes” without adding “into Canada”, it would read badly, but I am inclined to think that as a consequence of subs. (2) of s. 5 it would nonetheless mean “comes into Canada”. Section 95(a) reads:

95. Every person who

(a) comes into Canada at any place other than a port of entry and fails to report to an immigration officer for examination as required by subsection 12(1),

Appellant further argued that the information itself states the offence as “causing persons to come into the United States of America unlawfully . . .”. To this, respondent replied that this statement is not an essential component of the offence: it is only a detail, a statement of fact. The offence charged is common law conspiracy committed in Canada, to effect an unlawful purpose. Causing persons to enter the United States unlawfully constitutes an offence under American law, just as causing persons to come into Canada unlawfully constitutes an offence under Canadian law. As a consequence of the presumption of s. 423(3), the conspirators are deemed to have conspired to commit the offence in Canada. It is as if they had conspired to cause persons to come into Canada unlawfully.

To conclude discussion of this point, I adopt the following passage from Bisson J. of the Superior Court, as he then was, cited with approval in the reasons of Owen J.A. of the Court of Appeal:

[TRANSLATION] Does the information disclose a crime which is known, in the sense that it contains the essential elements of a criminal offence in Canada as well as in the United States of America?

It is admitted for these purposes that unlawful entry of persons into the U.S.A. is an offence.

soi et est conforme au par. (2) de l’art. 5 du *Code*. Il est plus difficile de décrire l’entrée illégale sans se référer au pays, mais même à cela et bien qu’il ne soit pas nécessaire d’en décider, si l’art. 95 de la *Loi sur l’immigration de 1976* (précitée) ne contenait que le mot «entre» sans ajouter «au Canada», cela se lirait mal, mais j’incline à penser que par l’effet du par. (2) de l’art. 5 cela n’en signifierait pas moins «entre au Canada». L’alinéa 95(a) se lit:

95. Toute personne:

(a) qui entre au Canada à un endroit autre qu’un point d’entrée et qui ne se présente pas devant un agent d’immigration pour l’examen visé au paragraphe 12(1),

L’appelant a fait état par ailleurs du fait que la dénonciation elle-même mentionne qu’il s’agit de «faire entrer illégalement aux États-Unis d’Amérique des personnes . . .». A cela l’intimé répond que cette mention n’en fait pas un élément essentiel de l’infraction; ce n’est qu’une particularité, un énoncé de fait. L’infraction reprochée est le complot de «*common law*», commis au Canada, d’accomplir un dessein illicite. Le dessein illicite consiste à faire entrer illégalement des personnes aux États-Unis. Faire entrer illégalement des personnes aux États-Unis constitue une infraction en vertu de la loi américaine tout comme faire entrer illégalement des personnes au Canada constitue une infraction en vertu de la loi canadienne. Par le jeu de la présomption du par. 423(3), les conspirateurs sont réputés avoir comploté pour commettre l’infraction au Canada. C’est comme s’ils avaient comploté pour faire entrer illégalement des personnes au Canada.

Pour conclure sur ce point, je fais mien le passage suivant du juge Bisson de la Cour supérieure, maintenant juge à la Cour d’appel, cité avec approbation dans les motifs du juge Owen de la Cour d’appel:

La dénonciation révèle-t-elle un crime connu en ce sens qu’elle comporterait les éléments essentiels d’un acte criminel aussi bien au Canada qu’aux États-Unis d’Amérique.

Il est admis, pour les fins des présentes, que l’entrée illégale de personnes aux U.S.A. est une infraction.

The essential elements of the information under consideration are conspiracy in Canada to effect this unlawful purpose of causing persons to come into another country unlawfully.

It is clear that unlawful entry into the U.S.A. is not a crime in Canada, any more than the crime of kidnaping a citizen in New York could be tried in Canada.

However, if a person conspires in Canada to kidnap someone in New York, a crime is committed here, since kidnaping is as much an offence in Canada as in the United States, and the essence of the crime is the conspiracy to kidnap.

In the same way, a conspiracy in Canada to cause persons to enter the U.S.A. unlawfully may be prosecuted as a crime in Canada, since the essence of the crime is conspiracy to effect unlawful entry, a crime which exists both in Canada and in the U.S.A.

Alternatively, appellant submitted, as his second proposition, that the offence charged is not the type of offence contemplated by s. 423(3).

I do not think it is necessary to go into all the details of the argument made in support of this proposition. In short, in the appellant's submission what the legislator had in mind was offences which constitute a *malum in se*, and not a *malum prohibitum*; these are serious international crimes, *inter alia* crimes such as skyjacking, international terrorism and kidnaping. Appellant relied primarily on the following extract which he said was from the "codifier's report" on the bill which introduced s. 423(3), (4), (5) and (6):

In light of the ever increasing international nature of criminal activity, it is desirable and in the interest of Comity of Nations, that Canada should discourage International criminals from using its territory as a basis for planning criminal acts in other Countries. Conversely, it is desirable that Canada should deter International criminals from conspiring abroad to commit offences in Canada.

The proposed amendments are designed to achieve these twin objectives. In the first case where persons conspiring in Canada to commit crimes in another State, the amendment proposes as a basis for the assertion of jurisdiction that the acts agreed to be done must constitute an offence both by the law of the State in which they are agreed to be done and by the law of Canada.

Or, les éléments essentiels de la dénonciation sous étude sont le complot au Canada pour l'exécution de ce dessein illicite qu'est l'entrée illégale de personnes dans un autre pays.

Il est évident que l'entrée illégale aux U.S.A. n'est pas un crime au Canada pas plus que serait poursuivable au Canada le crime d'avoir enlevé un citoyen à New York.

Toutefois, si l'on comploté au Canada pour enlever une personne à New York, on commet ici un crime puisque l'enlèvement est réprouvé aussi bien au Canada qu'aux États-Unis et que l'essence du crime c'est le complot d'enlèvement.

De la même manière, un complot au Canada, pour une entrée illégale de personnes aux U.S.A., est un crime poursuivable au Canada puisque l'essence du crime c'est le complot pour une entrée illégale, crime qui existe aussi bien au Canada qu'aux U.S.A.

Subsidiairement, l'appelant a soumis, et c'est sa deuxième proposition, que l'infraction reprochée n'est pas le genre d'infraction visé par le par. 423(3).

Je ne crois pas nécessaire d'entrer dans tous les détails de l'argumentation formulée à l'appui de cette proposition. En bref, selon l'appelant, ce que le législateur visait ce sont des infractions qui constituent un *malum in se* et non un *malum prohibitum*; ce sont les crimes internationaux graves, entre autres des crimes tels que le détournement d'avion, le terrorisme international, les enlèvements. L'appelant s'appuie principalement sur le passage suivant extrait, dit-il, du «codifier's report» relatif au projet de loi qui a introduit les par. 423(3), (4), (5) et (6):

[TRADUCTION] Etant donné que les activités criminelles s'exercent de plus en plus à l'échelle internationale, il est souhaitable, dans l'intérêt de la courtoisie internationale, que le Canada dissuade les criminels internationaux de se servir de son territoire comme base pour projeter des actes criminels dans d'autres pays. Inversement, il est souhaitable que le Canada dissuade les criminels internationaux de comploter à l'étranger en vue de commettre des infractions au Canada.

Les modifications proposées visent à atteindre ces deux objectifs. Dans le premier cas, celui de personnes qui complotent au Canada en vue de commettre des crimes dans un autre Etat, la modification propose comme fondement de la déclaration de compétence que les actes qu'on convient de commettre doivent constituer une infraction tant à la loi de l'Etat où ils doivent être commis qu'à la loi canadienne.

Nothing in this passage has the effect of categorizing the type of offence contemplated. Further, without ruling on the merits, because that is not at issue here, creating a system in Canada for bringing persons into the United States unlawfully would seem to me to constitute a definite manifestation of international activities of dubious legality. In any case, nothing in the wording of s. 423(3) or in the other subsections adopted at the same time justifies the proposition submitted by appellant, which in my opinion is without foundation.

## 2. The validity of the information

In his factum, appellant argued that the information was insufficient in light of s. 510 *Cr.C.*, and asked that it be quashed on this ground.

This argument was not made in any of the lower courts, and their judgments are consequently silent on the point.

It should also be noted that counsel for the appellant did not deal with this argument at the hearing; but it must be disposed of nevertheless.

In opposition to this argument, respondent submitted that the judge at the preliminary inquiry had no jurisdiction to quash an information, because it was not in accordance with s. 510 *Cr.C.* Alternatively, respondent submitted that the information as worded met the requirements of the *Code*.

On the first point, respondent acknowledged that a judge at a preliminary inquiry has the power to determine whether the information [TRANSLATION] “charges the accused with committing an indictable offence, because the mention of an indictable offence in an information is a condition precedent to the exercise of his jurisdiction”. Respondent agreed in this respect with the Court of Appeal, which so held.

[TRANSLATION] “But”, the respondent went on, “we submit that acknowledgment of this jurisdiction does not at the same time imply acknowledging a power to quash an information the wording of which is not in accordance with the provisions of ss. 510 and 512 of the Criminal Code”. As I mentioned, this question was not submitted to the

Rien dans ce passage n'a pour effet de qualifier le genre d'infraction visé. D'autre part, sans me prononcer au fond car cela n'est pas en cause, ériger, au Canada, un système pour faire entrer illégalement des personnes aux États-Unis me paraît constituer une manifestation certaine d'activités internationales en marge de la légalité. Quoi qu'il en soit, rien dans le texte du par. 423(3), non plus que dans les autres paragraphes adoptés en même temps ne justifie la proposition soumise par l'appelant qui, à mon avis, est sans fondement.

## 2. La validité de la dénonciation

Dans son mémoire, l'appelant plaide l'insuffisance de la dénonciation au regard de l'art. 510 *C.cr.* et conclut à cassation pour ce motif.

Ce moyen n'a été soulevé devant aucune des trois cours d'instance inférieure dont les jugements sont par conséquent muets sur le sujet.

Il convient en outre d'observer qu'à l'audience le procureur de l'appelant n'a pas traité de ce moyen dont il importe néanmoins de disposer.

A l'encontre de ce moyen l'intimé soumet que le juge à l'enquête préliminaire n'a aucune compétence pour casser une dénonciation parce que non conforme à l'art. 510 *C.cr.* L'intimé soumet subsidiairement que la dénonciation telle que libellée satisfait aux exigences du *Code*.

Sur le premier point l'intimé reconnaît que le juge à l'enquête préliminaire a le pouvoir de déterminer si la dénonciation «incolpe l'accusé de la commission d'un acte criminel, car la mention d'un acte criminel à la dénonciation est une condition préliminaire à l'exercice de sa juridiction». En cela l'intimé est d'accord avec la Cour d'appel qui en a ainsi décidé.

«Mais», ajoute l'intimé, «nous soumettons que la reconnaissance de cette juridiction n'emporte pas du même coup la reconnaissance du pouvoir de casser une dénonciation dont le libellé ne respecterait pas les prescriptions des articles 510 et 512 du Code Criminel». Cette question, comme je l'ai mentionné, n'a pas été soumise à la Cour d'appel

Court of Appeal, since the sufficiency of the information was only raised in this Court.

Can the relevant provisions of Part XVII of the *Code* be in any way applied to the preliminary inquiry (Part XV), or can a motion to quash of this type only be admitted at trial? This question has not been finally resolved, but I do not think that the case at bar is a suitable context in which to resolve it. The question is not directly presented: the judge of Sessions of the Peace did not quash the information for insufficiency. He was not even asked to do so. In my view it would be better to wait for a case in which the question was raised at the outset, not simply once it had got as far as the Supreme Court. Support is lent to this view by the fact that even if the information could be quashed at the preliminary inquiry by applying ss. 510, 512, and 529, in the case at bar the information is not defective.

More specifically, in his submission appellant argued that the information should contain a reference to the specific section or sections of the American "*Immigration and Naturalization Act*", a reference to the specific section or sections of the Canadian *Immigration Act, 1976* (*supra*) which would have been infringed if the offence had been committed in Canada, and a mention of the names of the other co-conspirators.

Counsel for the respondent based his opposing argument primarily on a decision of this Court in *R. v. Côté*, [1978] 1 S.C.R. 8, in which, speaking for the Court, de Grandpré J. said at p. 13:

... the golden rule is for the accused to be reasonably informed of the transaction alleged against him, thus giving him the possibility of a full defence and a fair trial. When, as in the present case, the information recites all the facts and relates them to a definite offence identified by the relevant section of the *Code*, it is impossible for the accused to be misled. To hold otherwise would be to revert to the extreme technicality of the old procedure.

Reference may also be made to the decision of this Court in *Brodie and Barrett v. The King*, [1936] S.C.R. 188, in which Rinfret J., as he then was, speaking for the Court, analysed s. 852 *Cr.C.*, which later became s. 510 without substantial

puisque la suffisance de la dénonciation n'a été soulevée que devant cette Cour.

Les dispositions pertinentes de la Partie XVII du *Code* peuvent-elles de quelque façon s'appliquer à l'enquête préliminaire (Partie XV), ou est-ce seulement au procès qu'une requête en cassation de cette nature peut être reçue? Cette question n'est pas définitivement résolue mais je ne crois pas que cette affaire se prête à sa résolution. En effet la question ne se pose pas directement: le juge des Sessions de la paix n'a pas cassé la dénonciation pour insuffisance. Cela ne lui a même pas été demandé. Il vaut mieux, à mon sens, attendre un cas où la question sera soulevée à l'origine et non pas seulement une fois rendu au niveau de la Cour suprême. D'autant plus que même si la dénonciation pouvait être cassée à l'enquête préliminaire en application des art. 510, 512 et 529, en l'espèce la dénonciation n'est pas fautive.

De façon plus particulière, l'appelant dans son mémoire plaide que la dénonciation devait contenir la mention de l'article ou des articles précis de la «*Loi de l'immigration et naturalisation américaine*», la mention de l'article ou des articles précis de la *Loi sur l'immigration de 1976* (précitée) qui auraient été enfreints si l'infraction avait été commise au Canada et la mention des noms des autres coconspirateurs.

Au soutien du contraire le procureur de l'intimé se fonde principalement sur l'arrêt de cette Cour dans *R. c. Côté*, [1978] 1 R.C.S. 8, où, parlant au nom de la Cour, le juge de Grandpré s'exprimait ainsi à la p. 13:

... la règle par excellence est que l'accusé doit être raisonnablement informé de l'infraction qu'on lui impute, pour lui donner ainsi la possibilité d'une défense complète et d'un procès équitable. Lorsque, comme en l'espèce, la dénonciation énumère tous les faits et les relie à une infraction déterminée, identifiée par l'article pertinent du *Code*, il est impossible que l'accusé soit induit en erreur. Admettre le contraire serait retourner au formalisme extrême de l'ancienne procédure.

On peut s'inspirer en outre de l'arrêt de cette Cour dans *Brodie and Barrett c. The King*, [1936] R.C.S. 188 dans lequel le juge Rinfret, plus tard Juge en chef, rendant jugement au nom de la Cour, analyse l'art. 852 *C.cr.* devenu depuis l'art.

alteration. Rinfret J. observed, *inter alia*, at pp. 193-94:

If section 852 be analysed, it will be noticed the imperative requirement (“shall contain”) is that there must be a statement that the accused has committed an indictable offence; and such offence must be “specified”. It will be sufficient if the substance of the offence is stated; but every count must contain such statement “in substance”. In our view, this does not mean merely classifying or characterizing the offence; it calls for the necessity of specifying time, place and matter (Compare dictum of Channel, J., in *Smith v. Moody*, [1903] 1 K.B. 56, at 63), of stating the facts alleged to constitute the indictable offence.

The manner of stating the matter is of no absolute importance, in view of subsections 2 and 3. The statement may be made in popular language, without any technical averments or allegations; or it may be in the words of the enactment describing the offence or declaring the matter charged to be an indictable offence; but we think the latter parts of subsections 2 and 3 are indicative of the intention of Parliament: the statement must contain the allegations of matter “essential to be proved”, and must be in “words sufficient to give the accused notice of the offence with which he is charged.” Those are the very words of the section; and they were put there to embody the spirit of the legislation, one of its main objects being that the accused may have a fair trial and consequently that the indictment shall, in itself, identify with reasonable precision the act or acts with which he is charged, in order that he may be advised of the particular offence alleged against him and prepare his defence accordingly.

In the case at bar, the offence charged is the so-called “common law” conspiracy, and the information refers to the specific provision of the *Criminal Code*, s. 423(2)(a). The offence is described in the actual wording of the *Code* and the circumstances relating to its commission are stated. The information indicates the substance of the offence and the time, place and facts constituting the offence. I therefore agree with the contention of respondent:

[TRANSLATION] . . . that in specifying the place of the conspiracy, the date of that conspiracy, the name of a co-conspirator, the place of the unlawful purpose, the nature of the unlawful purpose, the reference to the section creating the offence and even a reference to the

510 sans modification substantielle. Le juge Rinfret écrit notamment aux pp. 193 et 194:

[TRADUCTION] On constate à l'analyse de l'art. 852 que celui-ci impose l'exigence impérative («doit contenir») d'une déclaration que le prévenu a commis un acte criminel; et il faut que cet acte criminel soit «spécifié». Il suffit d'énoncer en substance l'infraction reprochée; mais chaque chef d'accusation doit contenir «en substance» une telle déclaration. A notre avis, il ne s'agit pas simplement là de la classification ou de la caractérisation de l'infraction; il est nécessaire non seulement de préciser le moment, le lieu et ce dont il s'agit (comparer à l'opinion incidente du juge Channel dans l'affaire *Smith v. Moody*, [1903] 1 K.B. 56, à la p. 63), mais aussi d'énoncer les faits qui constitueraient l'acte criminel.

Vu les paragraphes 2 et 3, la formulation de la déclaration ne revêt pas une importance capitale. Elle peut être faite en langage ordinaire sans aucune expression ni allégation technique; ou elle peut être faite dans les termes mêmes de la disposition législative qui décrit l'infraction ou déclare que le fait imputé au prévenu est un acte criminel; mais nous estimons que l'intention du Parlement se dégage de la fin des paragraphes 2 et 3: la déclaration doit contenir les allégations de choses «dont la preuve . . . est . . . essentielle», et être faite en des «termes suffisants pour donner au prévenu avis de l'infraction dont il est accusé.» Ce sont là les mots mêmes de l'article et ils ont pour objet de mettre en application l'esprit de la loi dont l'un des buts principaux est que le prévenu puisse avoir un procès équitable et, par conséquent, que l'acte d'accusation en soi identifie de façon raisonnablement précise l'acte ou les actes dont il est inculpé de sorte qu'il puisse connaître la nature de l'infraction qu'on lui reproche et préparer sa défense en conséquence.

Dans la présente affaire, l'infraction imputée est le complot dit de «*common law*» et la dénonciation réfère à la disposition spécifique du *Code criminel*, l'al. a) du par. (2) de l'art. 423. L'infraction est décrite dans les termes mêmes du *Code* et les circonstances entourant sa commission sont révélées. La dénonciation précise la substance de l'infraction de même que le temps, le lieu et les faits constitutifs de l'infraction. Aussi, je trouve bien fondée la prétention de l'intimé:

. . . qu'en spécifiant le lieu de la conspiration, la date de cette conspiration, le nom d'un coconspirateur, le lieu du dessein illicite, la nature du dessein illicite, la référence à l'article créateur d'infraction et même, la référence à l'article créant la présomption relative à l'extra-territo-



section creating the presumption as to extra-territoriality, respondent met the requirements of the law in this matter by reasonably informing appellant of the offence with which he was charged and so affording him an opportunity for a complete defence.

Counsel for the respondent further stated with regard to the names of the co-conspirators that one of them is mentioned in the information and [TRANSLATION] "if the others are not mentioned, this is because they are not known".

Moreover, the decisions cited by appellant are not conclusive, in my opinion. In *R. v. Giguère* (1963), 41 C.R. 308, the accused was acquitted after trial for lack of evidence of conspiracy with the only co-conspirator named. In the case at bar, we are not yet even at the stage of hearing evidence. In *R. v. Tremblay et al.* (1961), 40 C.R. 382, the accused were acquitted after trial because there was no evidence that the offence had been committed in Calgary as alleged, or even near that city. In *R. v. Uvery*, [1969] 2 C.C.C. 305, the accused was acquitted on appeal because evidence was not presented of commission of the offence at the place alleged, Prince Albert, or even anywhere in Saskatchewan. In *R. v. McNab* (1945), 83 C.C.C. 176, the accused, who was charged with uttering a forged cheque, was acquitted on appeal because the evidence showed that the cheque was good and it was the endorsement which was forged.

### 3. The mandamus

Finally, appellant submitted that the quashing of the information by the trial judge cannot be a basis for a writ of mandamus.

It was common ground that the trial judge's decision is not appealable, but counsel for the appellant submitted that "The fact that the Justice's decision was not appealable, does not necessarily mean that a writ of mandamus should or must lie."

Respondent relied on the majority decision of this Court in *Kipp v. Attorney-General for the Province of Ontario*, [1965] S.C.R. 57, which in my opinion is conclusive. Appellant sought to show that this case does not apply in the circumstances

rialité, l'intimé a satisfait aux impératifs de la loi en cette matière en informant raisonnablement l'appelant de l'infraction qu'on lui imputait pour lui donner ainsi la possibilité d'une défense complète.

Quant aux noms des coconspirateurs, ajoute par ailleurs le procureur de l'intimé, la dénonciation en mentionne un et «si les autres ne sont pas mentionnés, c'est qu'ils sont inconnus».

D'autre part les arrêts cités par l'appelant ne sont pas, à mon avis, concluants. Dans *R. v. Giguère* (1963), 41 C.R. 308, l'accusée fut acquittée à l'issue du procès faute de preuve de complot avec la seule coconspiratrice nommée. En l'espèce on n'en est même pas encore rendu au stade de la preuve. Dans *R. v. Tremblay et al.* (1961), 40 C.R. 382, les accusés furent acquittés à l'issue du procès parce qu'il n'y avait aucune preuve que l'infraction avait été commise à Calgary tel qu'allégué, ni même près de cette ville. Dans *R. v. Uvery*, [1969] 2 C.C.C. 305, l'accusé fut acquitté en appel parce que la preuve n'avait pas été faite de la commission de l'infraction au lieu allégué, Prince Albert, ni même où que ce soit ailleurs en Saskatchewan. Dans *R. v. McNab* (1945), 83 C.C.C. 176, le prévenu qui avait été accusé d'avoir fabriqué un faux chèque fut acquitté en appel parce que la preuve avait révélé que le chèque était authentique et que c'est son endossement qui était faux.

### g 3. Le mandamus

L'appelant soumet enfin que la cassation de la dénonciation par le juge de première instance ne donne pas ouverture à un bref de *mandamus*.

Il est constant que la décision du premier juge n'était pas susceptible d'appel mais, soumet le procureur de l'appelant, [TRADUCTION] «La décision du juge n'est pas susceptible d'appel, mais cela ne veut pas nécessairement dire qu'elle peut faire l'objet d'un bref de *mandamus*.»

L'intimé s'appuie sur l'arrêt majoritaire de cette Cour dans *Kipp c. Attorney-General for the Province of Ontario*, [1965] R.C.S. 57 qui à mon avis est déterminant. L'appelant a tenté de démontrer que cet arrêt n'est pas applicable en l'espèce mais,

of the case at bar, but with respect this proposition cannot be supported, and I will discuss this below.

In *Kipp* the accused, after the indictment was read at the trial, but before a plea had been entered, made a motion to quash on the ground that the indictment applied to more than one case. The judge allowed the motion. On a motion by the Crown, Grant J. of the High Court of Ontario reversed the decision of the county court judge and by mandamus ordered him to proceed. The Court of Appeal of Ontario and this Court affirmed the judgment of the High Court.

Judson J., speaking for the majority, commenting on the cases cited by the accused, in particular *R. v. Justices of Middlesex* (1877), 2 Q.B.D. 516, on which appellant relied in the case at bar, wrote at pp. 60-61:

The cases merely hold that such decisions are not reviewable by way of mandamus. They do not touch the problem in the present case where an indictment is quashed before plea and no trial is held. All that the Crown is seeking is an order directing the County Court Judge to proceed with the trial. If he proceeds with the trial and gives a decision, that decision is open to appeal and is not reviewable on mandamus. But he can be compelled to give a decision on the merits and it is no answer to such an application to say that he has exercised his jurisdiction in quashing the indictment and that such a decision cannot be reviewed.

The use of the word "jurisdiction" in this context does not help one towards a solution. There is no dispute that the judge had the power to deal with the form of the indictment and that he was acting within his jurisdiction when he quashed the indictment. But he made an error in quashing this indictment. He was there to try the charge. As the matter stands now, unless the order of mandamus issues, the case as framed cannot be tried and it should be so tried. It is proper, in the circumstances, to issue the writ of mandamus.

The only distinction suggested by appellant between *Kipp* and the case at bar is that in the first case the proceeding was at the trial stage, whereas here it was only at the stage of a preliminary inquiry.

avec égard, cette proposition ne tient pas et j'y reviendrai.

Dans l'affaire *Kipp* l'accusé au procès, après la lecture de l'acte d'accusation, mais avant d'enregistrer un plaidoyer, présenta une requête en cassation au motif que l'acte d'accusation s'appliquait à plus d'une affaire. Le juge accueillit la requête. Sur requête de la Couronne le juge Grant de la Haute Cour de l'Ontario infirma la décision du juge de la Cour de comté et par *mandamus* ordonna à celui-ci de procéder. La Cour d'appel de l'Ontario de même que cette Cour confirmèrent le jugement de la Haute Cour.

Le juge Judson, au nom de la majorité, commentant les arrêts cités par l'accusé et notamment *R. v. Justices of Middlesex* (1877), 2 Q.B.D. 516 sur lequel s'appuie l'appellant dans la présente affaire, écrit aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Les arrêts établissent simplement que ces décisions ne peuvent faire l'objet de révision par voie de *mandamus*. Ils ne traitent pas du cas où il y a annulation de l'acte d'accusation avant le plaidoyer et où il n'y a pas de procès, ce qui est le problème qui se présente en l'espèce. Tout ce que le ministère public demande est une ordonnance enjoignant au juge de la Cour de comté de commencer le procès. S'il le fait et qu'il rende une décision, cette décision peut faire l'objet d'un appel et non pas de révision par voie de *mandamus*. Le juge peut toutefois être tenu de rendre une décision au fond, et on ne saurait s'opposer à une demande à cet effet en disant qu'il a exercé sa compétence en annulant l'acte d'accusation et que cette décision n'est pas susceptible de révision.

L'utilisation du mot «compétence» dans ce contexte n'aide pas à trouver une solution. On ne conteste pas que le juge ait eu le pouvoir de se prononcer sur la forme de l'acte d'accusation et qu'il ait agi dans le cadre de sa compétence lorsqu'il a annulé cet acte. Mais il a commis une erreur en l'annulant, car il lui appartenait d'instruire l'accusation. Etant donné la situation actuelle, à moins que le bref de *mandamus* ne soit délivré, cette affaire ne peut être instruite, alors qu'elle devrait l'être. Il convient donc, dans les circonstances, de délivrer le bref de *mandamus*.

La seule distinction suggérée par l'appellant entre l'affaire *Kipp* et la présente affaire est que dans la première il s'agissait du procès tandis que dans celle-ci il s'agit d'une enquête préliminaire.

I do not see how this changes the position. Under s. 463 *Cr.C.* the justice before whom an accused is charged must inquire into the charge. When, as in the case at bar, he quashes the information by making a fundamental error of law, this amounts to refusing to exercise his jurisdiction and will be a basis for mandamus.

Appellant cited the decision of this Court in *R. v. Sheets*, [1971] S.C.R. 614, which is in no way relevant. That case concerned not mandamus but an appeal. This Court held that in the circumstances the trial judgment constituted a judgment on the merits and the provisions relating to appeal applied.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Robinson, Cutler, Sheppard, Borenstein, Shapiro, Langlois, Flam & Green, Montreal.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of the Province of Quebec: Claude Provost, Montreal.*

Je ne vois rien en cela qui change la situation. Aux termes de l'art. 463 *C.cr.* le juge de paix devant qui un prévenu est inculpé doit enquêter sur l'accusation. Lorsque, comme en l'espèce, il casse la dénonciation en commettant une erreur de droit fondamentale, cela équivaut à un refus d'exercer sa juridiction et il y a lieu à *mandamus*.

L'appelant a cité l'arrêt de cette Cour dans *R. c. Sheets*, [1971] R.C.S. 614 qui n'est nullement pertinent. Il n'y était pas question de *mandamus* mais d'appel. Cette Cour décida qu'en l'espèce le jugement de première instance constituait un jugement au fond et que dans les circonstances les dispositions relatives à l'appel s'appliquaient.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Robinson, Cutler, Sheppard, Borenstein, Shapiro, Langlois, Flam & Green, Montréal.*

*Procureur de l'intimé le procureur général de la province de Québec: Claude Provost, Montréal.*

**Bernard Goodman, C.A. Appellant;**

and

**The Honourable William Rompkey and the Attorney General of Canada Respondents.**

File No.: 16717.

1982: February 24; 1982: May 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Income tax — Authorization of Minister of National Revenue to enter, search and seize — Approval given by a Superior Court judge — No right of appeal from approval to Court of Appeal — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 231(4),(5) — Code of Civil Procedure, arts. 25, 26, 29.*

A judge of the Superior Court gave his approval to an authorization to enter and seize pursuant to s. 231(4) of the *Income Tax Act*. The search was designed to obtain documentary evidence of offences allegedly committed by the appellant. An appeal from the approval was filed in the Court of Appeal, which dismissed it on the ground that no appeal could lie from the judgment. Hence the appeal to this Court on whether an appeal lies to the Court of Appeal for Quebec from the approval of a judge of the Superior Court.

*Held:* The appeal is dismissed.

No appeal lies to the Court of Appeal from the approval pursuant to art. 26 *C.C.P.* as it does not constitute a final judgment of the Superior Court. Search and seizure does not constitute a proceeding in itself; the approval merely permits the search and seizure authorized by the Minister to be made, it entails neither a sentence against the appellant nor a ruling on his rights. As to the inherent power which the Court of Appeal is said to have to reform a judgment of the Superior Court when the latter exceeds its jurisdiction—assuming that this power exists—it does not apply in the case at bar. The judge gave his approval in light of an affidavit stating in great detail the reasonable grounds on which the Minister had to believe that offences had been committed; it was not shown that he exceeded his jurisdiction in doing so.

*Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495; *Welch v. The King*,

**Bernard Goodman, C.A. Appellant;**

et

**L'honorable William Rompkey et le procureur général du Canada Intimés.**

N° du greffe: 16717.

1982: 24 février; 1982: 10 mai.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>c</sup> *Impôt sur le revenu — Autorisation du ministre du Revenu national d'entrer, de chercher et de saisir — Agrément donné par un juge de la Cour supérieure — Aucun droit d'appel de l'agrément à la Cour d'appel — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 231(4),(5) — Code de procédure civile, art. 25, 26, 29.*

<sup>d</sup> Un juge de la Cour supérieure a donné son agrément à une autorisation pour entrer et saisir en vertu du par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La perquisition visait à recueillir de la preuve documentaire d'infractions présumément commises par l'appellant. Un appel de l'agrément a été interjeté à la Cour d'appel qui l'a rejeté pour le motif qu'il ne s'agissait pas d'un jugement susceptible d'appel. D'où le pourvoi devant cette Cour pour déterminer si l'agrément d'un juge de la Cour supérieure peut faire l'objet d'un appel à la Cour d'appel du Québec.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>e</sup> L'agrément n'est pas susceptible d'appel à la Cour d'appel en vertu de l'art. 26 *C.p.c.* car il ne constitue pas un jugement final de la Cour supérieure. La perquisition et la saisie ne constituent pas une instance en soi et l'agrément ne fait que permettre que la perquisition et la saisie autorisées par le Ministre soient effectuées. Elle ne comporte ni condamnation contre l'appellant ni détermination de ses droits. Quant au pouvoir inhérent qu'aurait la Cour d'appel de réformer un jugement de la Cour supérieure lorsque celle-ci excède sa compétence (à supposer que ce pouvoir existe), il est sans application en l'espèce. Le juge a donné son agrément à la lumière d'un affidavit très circonstancié quant aux motifs raisonnables du Ministre de croire à des infractions; il n'a pas été démontré qu'en ce faisant il a excédé sa compétence.

<sup>f</sup> *Jurisprudence: Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495; *Welch c. The*

[1950] S.C.R. 412; *Ville de Jacques-Cartier v. Lamarre*, [1958] S.C.R. 108; *Ace Holdings Corporation et al. v. Montreal Catholic School Board*, [1972] S.C.R. 268; *Deputy Attorney General of Canada v. Brown*, [1965] S.C.R. 84; *Di Zazzo v. Cité de Saint-Léonard*, [1976] C.A. 509; *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile v. Langlois*, [1974] C.A. 535; *Syndicat des employés de transport Dumont (CSN) v. Nap. Dumont Ltée*, [1978] C.A. 530; *Cité de Montréal v. Hénault* (1919), 26 R.L. 270; *Dostaler v. Lalonde* (1919), 29 Que. K.B. 195; *R. v. Labrie et Malépart* (1920), 31 Que. K.B. 47; *Desrochers v. Perron* (1930), 48 Que. K.B. 427; *City of Montreal v. Dame McIntyre*, [1948] Que. K.B. 412; *Lévesque v. Benoit*, [1952] Que. Q.B. 430; *Union professionnelle des éducateurs de Chicoutimi v. Commission des écoles catholiques de Chicoutimi*, [1964] Que. Q.B. 282; *Rose v. La Reine*, [1972] C.A. 823; *Equipements Rocbec Inc. et autres v. Ministre du Revenu national*, [1980] C.S. 1089; *In re M.N.R. v. Paroian, Courey, Cohen & Houston*, 80 D.T.C. 6077; *Royal Craft Products Ltd. and Coulson v. The Queen*, 80 D.T.C. 6143, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1981] C.A. 461, dismissing the appellant's appeal from a judgment of Ryan J. of the Superior Court, which gave his approval to an authorization of the Minister to enter and seize pursuant to s. 231(4) of the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

*Guy Dupont*, for the appellant.

*Jacques Ouellet, Q.C.*, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This appeal is in two stages.

First, there is the question of whether an appeal may lie to the Court of Appeal for Quebec from the approval given by a judge of the Superior Court, pursuant to s. 231(4) of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, to an authorization given by the Minister of National Revenue to undertake a search for and to seize documents pertaining to a breach of the Act.

If the answer is in the affirmative, appellant then argued that the approval and the authorization by the Minister are unlawful and improper

*King*, [1950] R.C.S. 412; *Ville de Jacques-Cartier c. Lamarre*, [1958] R.C.S. 108; *Ace Holdings Corporation et al. c. Commission des Écoles Catholiques de Montréal*, [1972] R.C.S. 268; *Deputy Attorney General of Canada c. Brown*, [1965] R.C.S. 84; *Di Zazzo c. Cité de Saint-Léonard*, [1976] C.A. 509; *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Langlois*, [1974] C.A. 535; *Syndicat des employés de transport Dumont (CSN) c. Nap. Dumont Ltée*, [1978] C.A. 530; *Cité de Montréal c. Hénault* (1919), 26 R.L. 270; *Dostaler c. Lalonde* (1919), 29 B.R. 195; *R. c. Labrie et Malépart* (1920), 31 B.R. 47; *Desrochers c. Perron* (1930), 48 B.R. 427; *City of Montreal c. Dame McIntyre*, [1948] B.R. 412; *Lévesque c. Benoit*, [1952] B.R. 430; *Union professionnelle des éducateurs de Chicoutimi c. Commission des écoles catholiques de Chicoutimi*, [1964] B.R. 282; *Rose c. La Reine*, [1972] C.A. 823; *Equipements Rocbec Inc. et autres c. Ministre du Revenu national*, [1980] C.S. 1089; *In re M.N.R. v. Paroian, Courey, Cohen & Houston*, 80 D.T.C. 6077; *Royal Craft Products Ltd. and Coulson v. The Queen*, 80 D.T.C. 6143.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1981] C.A. 461, qui a rejeté l'appel de l'appellant à l'encontre d'un jugement du juge Ryan de la Cour supérieure, qui avait accordé son agrément à une autorisation du Ministre pour entrer et saisir en vertu du par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pourvoi rejeté.

*Guy Dupont*, pour l'appellant.

*Jacques Ouellet, c.r.*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi comporte deux stades:

Dans un premier temps, il s'agit de déterminer si est susceptible d'appel à la Cour d'appel du Québec, l'agrément donné par un juge de la Cour supérieure en vertu du par. (4) de l'art. 231 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* 1970-71-72 (Can.), chap. 63, à une autorisation par le ministre du Revenu national de procéder à une perquisition et de saisir des documents se rapportant à une infraction à la Loi.

Advenant une réponse affirmative, l'appellant dans un deuxième temps plaide, en bref, l'illégalité et l'irrégularité de l'agrément de même que de

and asked this Court to set aside the judgment of the Court of Appeal and the approval of the judge of the Superior Court, to quash the authorization by the Minister to undertake a search and seizure, and to order that all the seized documents be returned to him.

The Court of Appeal ruled on the first question that no appeal could lie. Consequently it did not rule on the second question. The same course will be followed in this Court if the first question is answered in the negative.

Section 231(4) reads:

(4) Where the Minister has reasonable and probable grounds to believe that a violation of this Act or a regulation has been committed or is likely to be committed, he may, with the approval of a judge of a superior or county court, which approval the judge is hereby empowered to give on *ex parte* application, authorize in writing any officer of the Department of National Revenue, together with such members of the Royal Canadian Mounted Police or other peace officers as he calls on to assist him and such other persons as may be named therein, to enter and search, if necessary by force, any building, receptacle or place for documents, books, records, papers or things that may afford evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation and to seize and take away any such documents, books, records, papers or things and retain them until they are produced in any court proceedings.

In the case at bar, as summarized by Bernier J.A., rendering judgment for the Court of Appeal [at pp. 462-63]:

[TRANSLATION] The search was designed to obtain documentary evidence of offences allegedly committed by Goodman as a taxpayer (in relation to his own tax returns) or as a party to offences allegedly committed by taxpayers for whom, as a chartered accountant, he was responsible for preparing financial statements and tax returns.

The affidavit in support of the application for approval was provided by an employee of the Department who, in the course of an audit conducted at Goodman's place of business, had of his own motion, without judicial authorization, using the powers of seizure vested in him (s. 231(1)(d)), seized certain documents relating to offences which he had uncovered. The application for approval dealt with an authorization of the person dele-

l'authorisation du Ministre et demande d'infirmier le jugement de la Cour d'appel ainsi que l'agrément du juge de la Cour supérieure, de casser l'autorisation du Ministre d'effectuer la perquisition et la saisie et d'ordonner que tous les documents saisis lui soient rendus.

La Cour d'appel ayant sur la première question décidé qu'il n'y a pas d'appel, elle ne s'est évidemment pas prononcée sur la deuxième. Il va sans dire qu'il en ira de même pour cette Cour si la réponse à la première question est négative.

Le paragraphe 231(4) se lit:

(4) Lorsque le Ministre a des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à cette loi ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise, il peut, avec l'agrément d'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté, agrément que le juge est investi par ce paragraphe du pouvoir de donner sur la présentation d'une demande *ex parte*, autoriser par écrit tout fonctionnaire du ministère du Revenu national ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada ou tout autre agent de la paix à l'assistance desquels il fait appel et toute autre personne qui peut y être nommée, à entrer et à chercher, usant de la force s'il le faut, dans tout bâtiment, contenant ou endroit en vue de découvrir les documents, livres, registres, pièces ou choses qui peuvent servir de preuve au sujet de l'infraction de toute disposition de la présente loi ou d'un règlement et à saisir et à emporter ces documents, livres, registres, pièces ou choses et à les retenir jusqu'à ce qu'ils soient produits devant la cour.

En l'espèce, comme le résume le juge Bernier qui a rendu le jugement de la Cour d'appel [aux pp. 462 et 463]:

La perquisition visait à recueillir de la preuve documentaire d'infractions présumément commises par Goodman à titre de contribuable (concernant ses propres déclarations d'impôt) ou à titre de partie à celles qu'auraient commises des contribuables pour qui, comme comptable agréé, il s'occupait de préparer les états financiers et déclarations d'impôt.

L'affidavit à l'appui de la demande d'agrément a été fourni par un fonctionnaire du ministère qui, au cours d'une vérification conduite au bureau d'affaires de Goodman, avait, de son propre chef, sans autorisation judiciaire, de par les pouvoirs de saisie dont il était investi (art. 231(1)(d)), saisi certains documents concernant des infractions qu'il avait découvertes. La demande d'agrément portait sur une autorisation du fondé de

gated by the Minister (s. 900) to search and seize documentary evidence in the residence, place of business and automobiles of Goodman, in the place of business of a firm keeping books for Goodman and for his clients, as a subcontractor, and in the office of his legal counsel.

To which appellant adds:

On 3 December 1980, the authorization to enter and search was used to enter and search the premises described therein and to seize, take away and retain all books, records, documents, papers and things relating not only to the Appellant's personal affairs for the 1977, 1978 and 1979 taxation years but also those relating to prior and subsequent years, all his client files, minute books, documents, papers and things whatsoever relating to his professional practice totalling approximately seventy-nine boxes.

This appeal raises one aspect of the search by taxpayers for what Bernier J.A. called [TRANSLATION] "... some means of redress against the abuse of exceptional provisions enacted in the public interest, or against the power of search and seizure exercised pursuant to an authorization ...".

In *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, this Court held that an approval by a judge cannot be the subject of an application to the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. However, the Court made no finding on the right of appeal to a provincial appellate court or on the existence of other remedies.

Dickson J., rendering judgment for the Court, wrote at pp. 509 and 510:

In my opinion, the Federal Court of Appeal did not have a right of review in the case at bar. Whether an appeal lies to the provincial courts from the authorization of the Minister and approval of a judge, pursuant to s. 231(4) of the *Income Tax Act*, is a question I would wish to leave open as it does not arise for decision in the present appeal. I would equally wish to leave for another occasion the question whether recourse could be had to replevin, or to one of the prerogative writs.

pouvoir du ministre (art. 900) pour perquisition et saisie de preuves documentaires aux domicile, bureau d'affaires et automobiles de Goodman, au bureau d'affaires d'une firme effectuant de la tenue de livres pour Goodman et pour des clients de celui-ci, à titre de sous-traitant, ainsi qu'à l'étude de son conseiller juridique.

Et de dire l'appelant:

[TRANSLATION] Le 3 décembre 1980, on s'est servi de l'autorisation d'entrer et de chercher pour entrer dans les lieux y mentionnés et pour saisir, emporter et retenir tous les livres, registres, documents, pièces et choses se rapportant non seulement aux affaires personnelles de l'appelant pour les années d'imposition 1977, 1978 et 1979, mais aussi ceux se rapportant aux années d'imposition antérieures et subséquentes, tous les dossiers, registres de procès-verbaux, documents, pièces et choses quels qu'ils soient de ses clients et se rapportant à l'exercice de sa profession, totalisant approximativement soixante-dix-neuf boîtes.

Ce pourvoi présente une facette de la recherche par les contribuables de ce que le juge Bernier a appelé « ... la façon de se pourvoir contre l'usage abusif de ces dispositions exorbitantes mais d'intérêt public, ou du pouvoir de perquisition et de saisie exercé en vertu d'une autorisation ... ».

Dans *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, cette Cour a décidé que l'agrément du juge ne peut faire l'objet d'un recours à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10. La Cour cependant ne s'est pas prononcée sur le droit d'appel à une cour d'appel provinciale non plus que sur la possibilité d'autres remèdes.

Le juge Dickson qui a rendu le jugement de la Cour écrit aux pp. 509 et 510:

A mon avis, la Cour d'appel fédérale n'avait pas de droit d'examen en l'espèce. Je préfère ne pas me prononcer sur la question de savoir si l'autorisation du Ministre et l'approbation d'un juge, conformément au par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, peuvent faire l'objet d'un appel devant les cours provinciales, car cette question n'est pas soulevée par ce pourvoi. Je préfère également que soit tranchée en une autre occasion la question de savoir si l'on peut recourir à une demande de mainlevée ou à l'un des brevets de prérogative.

Appellant relied on arts. 25 and 26 *C.C.P.*, and alternatively on the alleged inherent power of the Court of Appeal to reform a judgment of the Superior Court when the latter exceeds its jurisdiction.

It was admitted that neither the *Income Tax Act* (*supra*) nor any other federal statute confers a right of appeal from the approval to provincial appellate courts.

In the submission of respondents, a right of appeal is an exceptional right and can only be exercised within the framework of the statute which authorized it. There can be no right of appeal unless it is conferred by legislative enactment. See *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412, at p. 428.

Respondents further submitted that a right of appeal is not merely a question of procedure (see *Ville de Jacques-Cartier v. Lamarre*, [1958] S.C.R. 108, at p. 111; *Ace Holdings Corporation et al. v. Montreal Catholic School Board*, [1972] S.C.R. 268, at p. 275), that it must be conferred expressly, and that in a federal matter it can only be conferred by a federal statute. Consequently, a right of appeal in a federal tax matter cannot be given by the provincial legislator.

This latter question was considered by this Court, but not decided, in *Deputy Attorney General of Canada v. Brown*, [1965] S.C.R. 84, in which Martland J. wrote on behalf of the Court, at p. 87:

In so far as the latter application is concerned, despite the fact that the application for leave has been made, counsel for both parties submitted that no appeal did lie to the Court of Appeal of British Columbia because, this being a statute enacted by the Federal Parliament, a right of appeal to the Court of Appeal of British Columbia could only have been given by the terms of a Federal statute and no such right had been provided. Whether or not that submission is sound was not determined in the Court of Appeal of British Columbia, which reached its decision for different reasons, and, for the reasons hereinafter given, I do not think it is necessary to decide it here.

Is it true that, as counsel for the respondents submitted, in a federal matter only federal legisla-

L'appelant s'appuie sur les art. 25 et 26 *C.p.c.* et subsidiairement sur le pouvoir inhérent que posséderait la Cour d'appel de réformer un jugement de la Cour supérieure lorsque celle-ci excède sa  
a juridiction.

Il est reconnu que la *Loi de l'impôt sur le revenu* (précitée) ni aucune autre loi fédérale ne confère un droit d'appel de l'agrément aux cours  
b d'appel provinciales.

Selon les intimés, le droit d'appel est un droit d'exception et il ne peut être exercé que dans le cadre de la loi qui l'autorise. Il n'y a pas de droit d'appel sans texte de loi qui le confère. Voir *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412, à la p. 428.

Les intimés soumettent encore que le droit d'appel n'est pas une simple question de procédure (voir *Ville de Jacques-Cartier c. Lamarre*, [1958] R.C.S. 108, à la p. 111; *Ace Holdings Corporation et al. c. Commission des Écoles Catholiques de Montréal*, [1972] R.C.S. 268, à la p. 275), qu'il doit être conféré expressément et que dans une matière fédérale il ne peut être conféré que par une loi fédérale. Conséquemment, le droit d'appel en matière d'impôt fédéral ne peut être donné par  
d le législateur provincial.

Cette dernière question a été considérée par cette Cour, mais sans qu'elle soit décidée, dans *Deputy Attorney General of Canada c. Brown*,  
e [1965] R.C.S. 84 où le juge Martland écrit au nom de la Cour, à la p. 87:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la dernière demande d'autorisation, elle a été présentée alors même que les avocats des deux parties prétendent que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne pouvait entendre l'appel, car il s'agissait d'une loi du Parlement fédéral et qu'en conséquence, le droit d'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne pouvait être accordé que par la loi fédérale, ce qui n'était pas le cas. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si cet argument est fondé, car elle a invoqué d'autres motifs pour rendre sa décision. Il n'est donc pas nécessaire, pour les motifs que j'exprimerai plus loin, de trancher cette question ici.

Serait-ce donc que comme l'a soumis le procureur des intimés, en matière fédérale seule une



tion can confer a right of appeal?—or is it the position that when federal legislation exists the rules enacted by it apply, and when there is no federal legislation provincial enactments become applicable?—and when, as in the case at bar, the federal statute authorizes certain appeals (for example, ss. 169 *et seq.*) but is silent as to the approval, do the provincial enactments apply to the latter or has the field been occupied?

Once again, it will not be necessary to answer these questions since, in my opinion, even assuming that the provisions of the provincial statute do apply, there is no appeal. No right of appeal is given in the case under review either by arts. 25 and 26 *C.C.P.* or by virtue of an inherent power which the Court of Appeal may have to reform a judgment of the Superior Court when the latter exceeds its jurisdiction, on which appellant must necessarily rely and does rely.

I reproduce below the text of art. 25 and paras. 1 and 4 of art. 26 *C.C.P.*:

25. The Court of Appeal is the general appeal tribunal for Québec; it hears appeals from any judgment from which an appeal lies, failing an express provision to the contrary.

26. Unless otherwise provided, an appeal lies:

1. from any final judgment of the Superior Court, except in a case where the value of the object of the dispute in appeal is less than six thousand dollars;

4. with leave of a judge of the Court of Appeal, from any other final judgment of the Superior Court and of the Provincial Court, when the matter at issue is one which should be submitted to the Court of Appeal;

It can be seen from reading art. 26 that both under para. 1, appeals *de plano*, and under para. 4, appeals with leave of a judge of the Court of Appeal, which is the case here, the judgment must be a final one. In my opinion, an approval does not constitute a final judgment of the Superior Court.

It is now established that by giving or refusing his approval a judge of the Superior Court does

législation fédérale peut conférer un droit d'appel? Ou serait-ce que lorsque la législation fédérale en dispose ce sont les règles édictées par celle-ci qui s'appliquent et que lorsque la législation fédérale est muette les dispositions provinciales trouvent leur application? Et lorsque comme en l'espèce la loi fédérale prévoit certains appels (v.g. art. 169 et suivants) mais est muette quant à l'agrément, les dispositions provinciales s'appliquent-elles dans le cas de celui-ci ou le sujet se trouve-t-il épuisé?

Une fois de plus il ne sera pas nécessaire de répondre à ces questions puisqu'à mon avis même à supposer que les dispositions de la loi provinciale s'appliquent il n'y a pas d'appel. En effet aucun droit d'appel n'est accordé dans l'affaire sous étude, ni par les art. 25 et 26 *C.p.c.*, ni en vertu du pouvoir inhérent qu'aurait la Cour d'appel de réformer un jugement de la Cour supérieure lorsque celle-ci excède sa juridiction, sur lesquels l'appelant doit nécessairement se fonder et se fonde effectivement.

Je reproduis ci-après le texte de l'art. 25 et des par. 1 et 4 de l'art. 26 *C.p.c.*:

25. La Cour d'appel est le tribunal général d'appel pour le Québec; elle connaît de l'appel de tout jugement sujet à ce recours, à moins d'une disposition expresse au contraire.

26. Sont sujets à appel, à moins d'une disposition contraire:

1. les jugements finals de la Cour supérieure, sauf dans les causes où la valeur de l'objet du litige en appel est inférieure à six mille dollars;

4. avec la permission d'un juge de la Cour d'appel, les autres jugements finals de la Cour supérieure et de la Cour provinciale, lorsque la question en jeu en est une qui devrait être soumise à la Cour d'appel;

A la lecture de l'art. 26, il apparaît que tant sous le par. 1, appels *de plano*, que sous le par. 4, appels avec la permission d'un juge de la Cour d'appel, ce qui est le cas en l'espèce, il doit s'agir d'un jugement final. Or, à mon avis, l'agrément ne constitue pas un jugement final de la Cour supérieure.

Il est maintenant établi qu'en donnant ou refusant son agrément le juge de la Cour supérieure

exercise judicial functions. In *Coopers and Lybrand (supra)*, Dickson J. wrote at p. 508:

The powers which the judge exercises are judicial when in review of ministerial administrative discretion.

However, one must also look at the context in which the judge exercises these judicial powers and at their scope. In this regard, I think it is useful to cite the following passage from Dickson J. in the same case, *Coopers and Lybrand (supra)*, at p. 506. In this passage Dickson J. examines the question of whether the words used to confer the function on the Minister or the general context in which that function is exercised suggest that it was contemplated that a hearing should be held before a decision is taken by the Minister. However, it contains a statement of the interrelation between the function of the judge and that of the Minister and the purpose of judicial intervention:

(1) There is nothing in the language in which the Minister's functions are conferred or in the general context which indicates a duty to notify the taxpayer or any other person, or to hold a hearing, before seeking approval of authorization to enter, search and seize. On the contrary, Parliament substituted for the rules of natural justice the objective test that the Minister, before acting, have reasonable cause to believe that a violation of the *Act* or regulation had been committed or was likely to be committed. See Lord Reid in *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), 78.

Recognizing that a right of search is in derogation of the principles of the common law, and open to abuse, Parliament also built into the legislation an immediate review of the ministerial decision by interposing a judge between the revenue and the taxpayer. The judge sits to scrutinize [with utmost care] the intended exercise of ministerial discretion. Lacking judicial approval the ministerial decision is without effect. Indication of parliamentary intention to deny the taxpayer the right to be heard at this stage, is the statement in s. 231(4) that the judge is empowered to give approval on an *ex parte* application.

I take it that Parliament concluded, perhaps not unreasonably, that the imposition of procedural steps additional to those spelled out in s. 231(4) would frustrate the object of the section conferring the power and obstruct the taking of effective investigatory action. It

exerce des fonctions judiciaires. Dans l'affaire *Coopers and Lybrand* (précitée), le juge Dickson écrit à la p. 508:

Les pouvoirs exercés par le juge sont judiciaires lorsqu'il examine la décision administrative discrétionnaire du Ministre.

Mais il faut voir aussi le cadre dans lequel le juge exerce ces pouvoirs judiciaires et quelle en est la portée. A ce sujet je crois utile de citer le passage suivant du juge Dickson dans la même affaire *Coopers and Lybrand* (précitée), à la p. 506. Dans ce passage le juge Dickson examine la question de savoir si les termes utilisés pour conférer la fonction au Ministre ou le contexte général dans lequel cette fonction est exercée donnent à entendre que l'on envisage la tenue d'une audience avant qu'une décision soit prise par le Ministre. S'y trouvent toutefois exposés l'interrelation entre le rôle du juge et celui du Ministre et l'objet de l'intervention judiciaire:

(1) Rien dans les termes utilisés dans la définition des fonctions du Ministre ou dans le contexte général n'indique une obligation d'informer le contribuable ou une autre personne ou de tenir une audience avant de faire approuver l'autorisation d'entrer, de chercher et de saisir. Au contraire, le Parlement a substitué aux règles de justice naturelle le critère objectif selon lequel le Ministre, avant d'agir, doit avoir des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction à la *Loi* ou à un règlement a été commise ou sera probablement commise. Voir lord Reid dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40 (H.L.), 78.

Reconnaissant qu'un droit de perquisition déroge aux principes de la *common law* et donne ouverture à des abus, le Parlement a également introduit dans la loi un examen immédiat de la décision du Ministre en faisant intervenir un juge entre le fisc et le contribuable. Le juge doit scruter [avec le plus grand soin] l'exercice envisagé du pouvoir discrétionnaire ministériel. A défaut d'approbation judiciaire, la décision ministérielle n'a aucun effet. Le texte du par. 231(4), selon lequel le juge a le pouvoir de donner son agrément sur présentation d'une demande *ex parte*, indique bien l'intention du Parlement de ne pas accorder au contribuable le droit d'être entendu à ce stade des procédures.

Selon moi, le Parlement a conclu, peut-être non sans raison, que l'imposition de procédures en sus de celles énoncées au par. 231(4) aurait pour effet de frustrer l'objectif de l'article qui accorde le pouvoir et d'empêcher une enquête efficace. Il a évidemment tenu compte

obviously considered the public interest entailed in enforcement and the private interest affected by search and seizure, and concluded that procedural fairness was achieved by the section as drafted. For myself, I do not know what additional procedural protection could be given without frustrating parliamentary intent.

Dickson J. further observed (at p. 508) that "The judge's approval is the control on the Minister's decision, . . ."

In the *Manuel de la Cour d'appel* of Rivard, a final judgment is defined as follows in No. 167, at p. 92:

[TRANSLATION] The *final* judgment is properly speaking the judgment which terminates a trial, disposes of the issue and puts an end to the case. It is rendered when all points have been explored, or it decides them at the same time as it disposes of the issue on the merits, whereby the Court ceases to have authority over the case and its jurisdiction is exhausted.

On the basis of this definition I find that here there has as yet been no trial, no issue nor a case. Perhaps there will never be. The approval cannot be a judgment which "terminates a trial", "disposes of the issue", "puts an end to the case" or "disposes of the issue on the merits".

In *Di Zazzo v. Cité de Saint-Léonard*, [1976] C.A. 509, the Court of Appeal on a motion to dismiss turned down an appeal brought from a judgment of the Superior Court ordering an investigation pursuant to the *Municipal Bribery and Corruption Act*, R.S.Q. 1964, c. 173, now R.S.Q. 1977, c. F-6. Montgomery J.A., for the Court, wrote at p. 510:

The judgment *a quo* decides nothing final; it merely authorizes certain further proceedings.

In *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile v. Langlois*, [1974] C.A. 535, Mayrand J.A. wrote for the Court, at p. 536:

[TRANSLATION] It would therefore appear that in the language used by our legislator, a judgment which does not dispose of the entire issue is not regarded as final or definitive. As a consequence, there can be only one definitive judgment in a particular case: that which terminates the entire proceeding.

de l'intérêt public qui requiert les sanctions et des intérêts privés touchés par la perquisition et la saisie et il a conclu que par sa rédaction, l'article assure la justice des procédures. Pour ma part, je ne vois pas comment une protection procédurale supplémentaire pourrait être ajoutée sans frustrer l'intention du Parlement.

Le juge Dickson dira plus loin (à la p. 508) que «L'approbation du juge est un moyen de contrôle de la décision du Ministre, . . .».

Dans le *Manuel de la Cour d'appel* de Rivard, le jugement final est défini comme suit au n° 167, à la p. 92:

Le jugement *final* est proprement le jugement qui termine un procès, dispose du débat et met fin à l'instance. Il est prononcé quand tous les incidents ont été vidés, ou il les décide en même temps qu'il clôt le débat sur le fond, par quoi le tribunal se trouve dessaisi et sa juridiction épuisée.

M'inspirant de cette définition je constate qu'en l'espèce il n'y a pas encore de procès, ni de débat, ni d'instance. Peut-être même n'y en aura-t-il jamais. L'agrément ne peut être un jugement qui «termine un procès», ni qui «dispose du débat», ni qui «met fin à l'instance», ni qui «clôt le débat sur le fond».

Dans *Di Zazzo c. Cité de Saint-Léonard*, [1976] C.A. 509 la Cour d'appel sur une requête en irrecevabilité a rejeté un appel inscrit à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure ordonnant la tenue d'une enquête en vertu de la *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales*, S.R.Q. 1964, chap. 173, maintenant L.R.Q. 1977, chap. F-6. Le juge Montgomery, au nom de la Cour, écrit à la p. 510:

[TRADUCTION] Le jugement *a quo* ne décide rien de final; il autorise simplement certaines autres procédures.

Dans *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Langlois*, [1974] C.A. 535 le juge Mayrand écrit au nom de la Cour, à la p. 536:

Il semble donc que dans le langage utilisé par notre législateur, le jugement qui ne dispose pas de tout le litige n'est pas considéré comme final ou définitif. Par conséquent, il n'y aurait dans une même affaire qu'un seul jugement définitif: celui qui met fin à toute l'instance.

Precedent undoubtedly qualifies this rule in some respects, when the decision rendered makes a final adjudication after the primary contestation on a contestation separate from the primary contestation, or in the course of the primary contestation on a right found to be distinct. In *Ace Holdings Corporation et al. v. Montreal Catholic School Board (supra)*, Pigeon J. reviews at p. 272 the precedents which, for this reason, recognized as final various judgments handed down after the primary contestation had been disposed of or in the course of the primary contestation.

In the first category are the following cases: revocation of a stay of execution; order for sale of several immovables as a whole; condemnation for contempt of court; imprisonment for disobeying a writ of *habeas corpus*; denial of a petition in revocation of judgment; judgment fixing the value of services rendered to a garnishee.

The second category includes the following cases: peremption of suit; right to trial by jury; interlocutory injunction.

*Ace Holdings Corporation* itself has no bearing on the case at bar. It concerned a right of appeal from a judgment of a judge reviewing the taxing of a bill of costs, from which there could not be any appeal by interpretation of art. 480 *C.C.P.* and in view of the century-old line of authority to that effect.

The case at bar is not comparable to any of the situations recognized by earlier decisions, and I do not think it can be said that search and seizure constitute a proceeding in itself, and that accordingly the approval constitutes a final judgment. The Court of Appeal had occasion to make a further ruling in a case involving contempt of court in *Syndicat des employés de transport Dumont (CSN) v. Nap. Dumont Ltée*, [1978] C.A. 530. Union members were ordered to pay a fine, and failing that to serve a term of imprisonment, for infringing an injunction. The Court of Appeal held once again that contempt of court is an issue in itself which may arise during a proceeding or even thereafter, and that a judgment imposing a sentence for contempt of court is a final judgment. In the case at bar the approval entails neither a

Certes la jurisprudence apporte certains tempéraments à cette règle lorsque la décision rendue statue définitivement après l'instance principale sur une instance distincte de l'instance principale, ou au cours d'instance principale sur un droit tenu pour distinct. Le juge Pigeon dans *Ace Holdings Corporation et al. c. Commission des Écoles Catholiques de Montréal* (précité), passe en revue, à la p. 272, la jurisprudence qui a, pour ce motif, reconnu comme finals divers jugements rendus après la fin de l'instance principale ou au cours de l'instance principale.

Dans la première catégorie on trouve les cas suivants: révocation d'un sursis d'exécution; ordre de vente en bloc des immeubles; condamnation pour outrage au tribunal; contrainte par corps pour désobéissance à un bref d'*habeas corpus*; refus d'une requête civile; jugement fixant la valeur de services rendus à un tiers-saisi.

La deuxième catégorie comprend les cas suivants: péremption d'instance; droit au procès par jury; injonction interlocutoire.

L'arrêt *Ace Holdings Corporation* lui-même n'a aucune portée sur le présent litige. Il s'agissait du droit d'appel du jugement d'un juge en révision de la taxation d'un mémoire de frais lequel n'était pas susceptible d'appel par l'interprétation de l'art. 480 *C.p.c.* et au regard de la jurisprudence séculaire à cet effet.

Le présent cas ne s'apparente à aucun des cas reconnus par la jurisprudence et je ne crois pas que l'on puisse dire que la perquisition et la saisie constituent une instance en soi et que par conséquent l'agrément constitue un jugement final. La Cour d'appel a eu l'occasion de se prononcer de nouveau en matière d'outrage au tribunal dans *Syndicat des employés de transport Dumont (CSN) c. Nap. Dumont Ltée*, [1978] C.A. 530. Des syndiqués pour avoir transgressé une injonction avaient été condamnés à l'amende et à défaut de paiement à l'emprisonnement. La Cour d'appel a décidé une fois de plus que l'outrage au tribunal est un litige en soi pouvant survenir pendant une instance ou même après une instance et qu'un jugement condamnant pour outrage au tribunal est un jugement final. L'agrément en l'espèce ne com-

sentence against appellant nor a ruling on his rights. It merely permits the search and seizure authorized by the Minister to be made.

Appellant limited himself to arguing that the judgment in question was a final one. No alternative argument was presented to suggest that it might be an interlocutory judgment that could be appealed under art. 29 *C.C.P.* I doubt that such an argument could have succeeded in any case, and there is no need to discuss the point further as it has not been raised.

Finally, the use of the term "approval" in itself confirms in my opinion that it is not a final judgment.

In this regard, I would cite the following passage from the reasons of Bernier J.A. [at p. 465]:

[TRANSLATION] There is also the use in this legislative enactment of an unusual term, "approval". The rules of interpretation provide that when in the same statute the legislator uses different words, it is because he intends to refer to different situations or concepts. In the same section, in subsection (2), which provides for an application for an extension of the 120-day period for the custody of documents seized by an investigator under the power of seizure vested in the latter by s. 231(1)(d), which the Minister can make to a judge of the Superior (or County) Court, referring to the decision of the judge, the legislator uses the usual word "order".

"Agrément" (in English "approval"), which is defined by the *Petit Robert*, 1979, as follows: [TRANSLATION] "permission, approval given by some authority", constitutes a certain degree of protection against possible abuses "by interposing a judge between the revenue and the taxpayer", "the control on the Minister's decision", and is a part of the Minister's administrative investigation to determine whether proceedings will be instituted. With respect, this is not in my view a final judgment and there is no appeal under art. 26 *C.C.P.*

There remains the inherent power which the Court of Appeal is said to have to reform a judgment of the Superior Court when the latter exceeds its jurisdiction. As to the existence of this inherent power, appellant cited the following cases:

porte ni condamnation contre l'appellant, ni détermination de ses droits. Il ne fait que permettre que la perquisition et la saisie autorisées par le Ministre soient effectuées.

<sup>a</sup> L'appellant s'en est tenu à faire valoir qu'il s'agissait d'un jugement final. Aucun argument n'a été présenté à l'effet qu'il puisse, subsidiairement, s'agir d'un jugement interlocutoire susceptible d'appel en vertu de l'art. 29 *C.p.c.* Je doute <sup>b</sup> qu'un tel argument eût pu réussir de toute façon et il n'y a pas lieu d'élaborer sur cette question qui n'est pas soulevée.

<sup>c</sup> L'usage même enfin du terme «agrément» confirme à mon avis qu'il ne s'agit pas d'un jugement final.

<sup>d</sup> Je cite à ce propos le passage suivant des motifs du juge Bernier [à la p. 465]:

<sup>e</sup> Il y a aussi l'usage dans cette disposition législative d'un terme inusité «agrément». Les règles de l'interprétation veulent que lorsque dans une même loi le législateur utilise des termes différents, c'est qu'il entend se référer à des situations, des concepts différents. Or, dans le même article, au paragraphe (2) qui prévoit une demande d'extension du délai de 120 jours pour la garde de documents saisis par le fonctionnaire-enquêteur en vertu du pouvoir de saisie dont ce dernier est investi par le sous-paragraphe 231(1)d), que peut faire le Ministre <sup>f</sup> à un juge de la Cour supérieure (ou de comté), se référant à la décision du juge le législateur emploie le terme usuel «ordonnance».

<sup>g</sup> L'agrément (en anglais «approval») que le *Petit Robert*, 1979, définit: «permission, approbation émanant d'une autorité», constitue une certaine mesure de protection contre les abus possibles «en faisant intervenir un juge entre le fisc et le contribuable», «un moyen de contrôle de la décision du <sup>h</sup> Ministre» et qui s'insère à l'intérieur de l'enquête administrative du Ministre en vue de déterminer si des poursuites seront intentées. Avec égard ce n'est pas à mon avis un jugement final et il n'y a pas <sup>i</sup> d'appel en vertu de l'art. 26 *C.p.c.*

<sup>j</sup> Il reste le pouvoir inhérent qu'aurait la Cour d'appel de réformer un jugement de la Cour supérieure lorsque celle-ci excède sa juridiction. Au sujet de l'existence de ce pouvoir inhérent l'appellant a cité les arrêts suivants: *Cité de Montréal c.*

*Cité de Montréal v. Hénault* (1919), 26 R.L. 270; *Dostaler v. Lalonde* (1919), 29 Que. K.B. 195; *R. v. Labrie et Malépart* (1920), 31 Que. K.B. 47; *Desrochers v. Perron* (1930), 48 Que. K.B. 427; and *City of Montreal v. Dame McIntyre*, [1948] Que. K.B. 412; *Lévesque v. Benoit*, [1952] Que. K.B. 430; *Union professionnelle des éducateurs de Chicoutimi v. Commission des écoles catholiques de Chicoutimi*, [1964] Que. Q.B. 282.

However, this power is not universally recognized. It is denied by the decision from which this appeal is brought. Bernier J.A. writes [at p. 467]:

[TRANSLATION] The Court of Appeal, unlike the common law court, which is the Superior Court in the province of Quebec, has no inherent power except for those common to all courts, referred to in art. 46 C.C.P., namely those "necessary for the exercise of their jurisdiction".

It does not have inherent powers of supervising and reforming the Superior Court and its judges; its powers are only those with which it is expressly and explicitly vested by an enabling provision.

Bernier J.A. further cites *Rose v. La Reine*, [1972] C.A. 823, in which, with the concurrence of two of his brother judges, Deschênes J.A., as he then was, writes at p. 825:

[TRANSLATION] Appellant first submitted that this Court should strive to extend its jurisdiction, that no harm should be without a remedy and that in the absence of a specific enactment this Court should exercise, in particular over the Court of Queen's Bench, criminal side, a superintending and reforming power comparable to that which art. 33 C.C.P. confers on the Superior Court over the courts mentioned in the article. However, appellant was unable to indicate to the Court any legal basis on which we could rest our claim to assume this reforming function.

The jurisdiction of this Court to hear an appeal derives from the law, in this case the *Criminal Code*, and not from an equitable jurisdiction that may be extended at will or at the caprice of the individuals making up the Court. The right of appeal is an exceptional right and it therefore can only be exercised in accordance with the statute authorizing it.

This power would in any case only exist in the event that the Superior Court exceeded its jurisdiction.

*Hénault* (1919), 26 R.L. 270; *Dostaler c. Lalonde* (1919), 29 B.R. 195; *R. c. Labrie et Malépart* (1920), 31 B.R. 47; *Desrochers c. Perron* (1930), 48 B.R. 427; et *City of Montreal c. Dame McIntyre*, [1948] B.R. 412; *Lévesque c. Benoit*, [1952] B.R. 430; *Union professionnelle des éducateurs de Chicoutimi c. Commission des écoles catholiques de Chicoutimi*, [1964] B.R. 282.

*b*

Ce pouvoir toutefois n'est pas universellement reconnu. Il est nié par l'arrêt qui fait l'objet de ce pourvoi. Le juge Bernier écrit [à la p. 467]:

La Cour d'Appel, contrairement à la Cour de droit commun, la Cour supérieure dans la province de Québec, n'a aucun pouvoir inhérent sauf ceux communs à toutes les Cours, dont il est question à l'article 46 C.P., i.e. ceux «nécessaires à l'exercice de leur juridiction».

*d*

Elle n'a pas de pouvoirs inhérents de surveillance et de contrôle sur la Cour supérieure et ses juges; ses pouvoirs ne sont que ceux dont elle est expressément et explicitement investie par un texte législatif habilitant.

*e*

Le juge Bernier cite en outre *Rose c. La Reine*, [1972] C.A. 823, où, avec l'appui de deux de ses collègues, le juge Deschênes, alors juge à la Cour d'appel, écrit à la p. 825:

L'appelant a d'abord soumis que notre cour doit chercher à étendre sa compétence, qu'aucun mal ne doit demeurer sans remède et qu'en l'absence d'un texte de loi précis, notre cour doit exercer, en particulier sur la Cour du Banc de la Reine, juridiction criminelle, un droit de surveillance et de réforme analogue à celui que l'article 33 C.P. confère à la Cour supérieure sur les tribunaux qu'il mentionne. Cependant, l'appelant n'a pu nous indiquer aucune base légale sur laquelle nous pourrions nous appuyer pour prétendre assumer ce rôle réformateur.

La compétence de notre cour d'entendre un appel dérive de la loi, en l'espèce du Code criminel et non d'une juridiction d'équité qui serait extensible au gré du moment ou au caprice des individus qui la composent. Le droit d'appel est un droit d'exception et il ne peut donc être exercé que dans le cadre de la loi qui l'autorise.

*j*

Ce pouvoir n'existerait de toute manière qu'au cas d'excès de juridiction de la Cour supérieure.

In view of its conclusion that no such inherent power exists, the Court of Appeal did not go further into the question of whether the judge had exceeded his jurisdiction. In my opinion, even assuming that this power exists it does not apply in the case at bar because there was no excess of jurisdiction.

Appellant made several arguments which related, in brief, to the inadequacy of the evidence of "reasonable grounds" which the Minister had for believing that an offence "has been committed or is likely to be committed", to the vagueness regarding the offence and the vagueness regarding the documents to be seized.

It is necessary to reproduce here subs. (5) of s. 231 of the *Income Tax Act* (*supra*):

(5) An application to a judge under subsection (4) shall be supported by evidence on oath establishing the facts upon which the application is based.

In the case at bar the evidence provided on oath consisted of an affidavit of some ten pages.

In *Equipements Rocbec Inc. et al. v. Minister of National Revenue*, judgment which was rendered concurrently<sup>1</sup>, Dugas J. of the Superior Court [1980] C.S. 1089 had to consider arguments similar to those made here. In that case, Dugas J. gave his approval to an authorization to search and seize of the same type as that under consideration. He was subsequently asked to review his approval and limit the authorization. He concluded that he had the power to undertake to review his own approval, he examined the points made, and he rendered a decision in which he refused to review his approval.

Relying in particular on a decision of the Court of Appeal of Ontario, *In re M.N.R. v. Paroian, Courey, Cohen & Houston* 80 D.T.C. 6077 and on a decision of the Court of Appeal of Alberta, *Royal Craft Products Ltd. and Coulson v. The Queen* 80 D.T.C. 6143, Dugas J. concluded:

<sup>1</sup> Published at [1982]. S.C.R. 605.

Etant d'avis qu'il n'existe pas de tel pouvoir inhérent la Cour d'appel n'a pas élaboré sur la question de savoir si le juge avait excédé sa compétence. Pour ma part je suis d'opinion que même à supposer que ce pouvoir existe il est sans application en l'espèce car il n'y a pas eu d'excès de compétence.

L'appelant a invoqué plusieurs moyens se rapportant, en bref, à l'insuffisance de la preuve des «motifs raisonnables» du Ministre pour croire qu'une infraction «a été commise ou sera probablement commise», au manque de spécificité quant à l'infraction et au manque de spécificité quant aux documents à saisir.

Il y a lieu de reproduire ici le par. (5) de l'art. 231 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (précitée):

(5) Une demande faite à un juge en vertu du paragraphe (4) sera appuyée d'une preuve fournie sous serment et établissant la véracité des faits sur lesquels est fondée la demande.

En l'espèce la preuve fournie sous serment consiste en un affidavit de quelque dix pages.

Dans l'affaire *Equipements Rocbec Inc. et autres c. Ministre du Revenu national* dans laquelle jugement est rendu en même temps que celui-ci<sup>1</sup>, le juge Dugas de la Cour supérieure [1980] C.S. 1089 a eu à examiner des moyens analogues à ceux soulevés ici. Dans cette dernière affaire le juge Dugas a donné son agrément à une autorisation de perquisitionner et de saisir de la même nature que celle à l'étude. Par la suite il lui a été demandé de réviser son agrément en vue de restreindre l'autorisation. Après s'être reconnu le pouvoir de procéder à la révision de son propre agrément il a étudié les griefs invoqués et rendu une décision par laquelle il a refusé de réviser son agrément.

S'appuyant notamment sur un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *In re M.N.R. v. Paroian, Courey, Cohen & Houston* 80 D.T.C. 6077 et sur un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta *Royal Craft Products Ltd. and Coulson v. The Queen* 80 D.T.C. 6143, le juge Dugas conclut:

<sup>1</sup> Publié à [1982] 1 R.C.S. 605.

[TRANSLATION] In brief, the authorization to enter and search is part of a procedure of investigation, not one of indictment, which should eliminate the need to name the offence charged. The purpose of the investigation is to uncover any evidence that might indicate some offence had been committed, not merely evidence of the offence indicated by the proof filed in accordance with 231(5).

The reasons of the appellate judges, Morden J. in the Court of Appeal of Ontario and Clement J. in the Court of Appeal of Alberta, have persuaded me that there is no reason here to limit the authorization.

Dugas J. examined the arguments made and relied on *Paroian* and *Royal Craft* in determining whether he should review his approval and limit the authorization of the Minister. However, these same arguments were made in this Court in support of the contention that the Superior Court judge had exceeded his jurisdiction, and the same points were considered by the Court of Appeal of Ontario and that of Alberta.

These decisions by the courts of appeal of Ontario and Alberta result from the fact that in each case the approval had been obtained, as s. 231(4) allows, from a judge of a County Court, subject to the superintending and reforming power of the Supreme Court of the province, with an appeal to the Court of Appeal from the judgment of the Supreme Court. In each case the judge's approval was upheld.

In *Paroian* Morden J., giving the judgment of the Court of Appeal, wrote at pp. 6083 and 6084:

He [the judge] has a duty to consider the cogency of the evidence put before him in determining what facts it "establishes". He surely has a discretion, in a proper case, to withhold his approval, if he considers that the facts do not justify it. It would not be possible or helpful to say anything more on the subject of the exercise of his discretion, except with respect to one point: although the provision, as I have said, does not require the authorization to be particularized as to specific offences, I would not wish in these reasons to foreclose the possibility that in some cases, depending upon his view of the facts established, a judge could, as part of a residual discretion, and as an alternative to refusing approval outright, approve an authorization that contained some limitation as to its scope. I express no concluded opinion on this point.

En somme, l'autorisation d'entrée et de perquisition appartient à une procédure d'investigation et non à une procédure d'accusation, ce qui devrait éliminer le besoin de nommer l'infraction reprochée. Le but de l'investigation est de découvrir toute preuve qui révélerait quelque infraction à la Loi de l'impôt et non pas seulement la preuve de l'infraction révélée par les preuves déposées selon 231(5).

Les notes des juges d'appel Morden en Cour d'Appel d'Ontario et Clement en Cour d'Appel d'Alberta me convainquent qu'il n'y a pas lieu, ici, de restreindre le mandat.

C'est en vue de déterminer s'il y avait lieu pour lui de réviser son agrément et de restreindre l'autorisation du Ministre que le juge Dugas a examiné les moyens invoqués et s'est inspiré des arrêts *Paroian* et *Royal Craft*. Ce sont cependant les mêmes moyens qui sont invoqués ici pour plaider excès de juridiction du juge de la Cour supérieure et ce sont ces mêmes moyens qu'ont étudiés la Cour d'appel de l'Ontario et celle de l'Alberta.

Ces arrêts des cours d'appel de l'Ontario et de l'Alberta s'expliquent du fait que l'agrément dans chaque cas avait été obtenu, comme le permet le par. 231(4), d'un juge d'une Cour de comté, soumis donc au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour suprême de la province, avec appel à la Cour d'appel du jugement de la Cour suprême. Dans chaque cas l'agrément du juge fut confirmé.

Dans *Paroian* le juge Morden qui rend le jugement de la Cour d'appel, écrit aux pp. 6083 et 6084:

[TRADUCTION] Il [le juge] a l'obligation d'examiner la pertinence de la preuve qui lui est soumise en décidant quels faits elle «établit». Il a sûrement un pouvoir discrétionnaire, dans un cas approprié, de refuser son agrément, s'il estime que les faits ne le justifient pas. Il ne serait pas possible ou utile d'ajouter quoi que ce soit au sujet de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, sauf sur un point: bien que la disposition, comme je l'ai dit, n'exige pas de détailler les infractions précises dans l'autorisation, je ne veux pas dans les présents motifs éliminer la possibilité que dans certains cas, compte tenu de son opinion sur les faits prouvés, un juge puisse, dans le cadre du pouvoir discrétionnaire qui lui reste, et au lieu de refuser totalement son agrément, donner son agrément à une autorisation qui comporte certaines restrictions quant à sa portée. Je n'exprime pas une opinion définitive sur ce point.



Apart from the matter as to whether the violations in respect of which the search is authorized are required to be particularized, there is the question whether it is necessarily implicit in the legislation that the premises to be searched and the persons in respect of whose violations the search is authorized are required to be identified. There can be no doubt that the premises have to be described in the authorization. They are described in the authorization before us. Further, I would think that in most cases, particularly where the premises to be searched are those of third parties, such as lawyers' offices or banks, it is necessarily implicit that the persons be identified. They were identified in the authorization in the present case—"for documents, books, records, papers or things pertaining or relating to Collavino Brothers Construction Company Limited that may afford evidence . . ." I need not, therefore, pursue the point further.

He went on to say at p. 6085:

On the basis of the foregoing, I consider the form of the authorization before us to be proper. Further, it cannot be said that there was no evidence capable of supporting its approval by the judge. The affidavit sufficiently covered the matters of reasonable and probable grounds of belief that a violation of the Act had been committed and furnished reasons justifying the inclusion of the premises in question in the authorization.

In *Royal Craft* (*supra*), Clement J., after citing at length from the reasons of Dickson J. in *Coopers and Lybrand* (*supra*), wrote for the Court of Appeal, at pp. 6147 and 6148:

In the passage from the judgment of Dickson, J. quoted above, he views proceedings under s. 231(4) as part of an effective investigatory action. The investigatory process, for the present purposes, commences with s. 230 in the requirement to keep records and books of account, and to retain them until the Minister gives written permission for their disposal. No time limit is set on the performance of this duty. The prescribed retention may extend over many years and there is no provision for review by the courts. It is the whole of such records and books of account and related documents that may be audited or examined under s. 231(1)(a) and again there is no time limit. Under s.s. (1)(d) the examiner may seize and take away any such "that may be required as evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation". Again, there is no limitation as to the taxation years for which such seizure may be made. It is part of the investigative process

Mis à part la question de savoir s'il est nécessaire de détailler les infractions à l'égard desquelles la perquisition est autorisée, il se pose la question de savoir s'il découle nécessairement de la loi qu'il faut identifier les lieux où doit être faite la perquisition et les personnes qui ont commis les infractions à l'égard desquelles la perquisition est autorisée. Il ne fait aucun doute que l'autorisation doit décrire les lieux. Ils sont décrits dans l'autorisation en l'espèce. En outre, j'estime que dans la plupart des cas, en particulier lorsqu'il s'agit d'une perquisition dans des lieux appartenant à des tiers, comme c'est le cas des bureaux d'avocats ou des banques, il est nécessairement implicite que les personnes doivent être nommées. Elles ont été nommées dans l'autorisation en l'espèce: «pour les documents, livres, registres, pièces ou choses concernant Collavino Brothers Construction Company Limited qui peuvent servir de preuve . . . » Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner la question plus à fond.

Il ajoute à la p. 6085:

[TRADUCTION] Compte tenu de ce qui précède, j'estime que l'autorisation en l'espèce est valide quant à la forme. En outre, on ne peut dire qu'il n'y avait pas une preuve suffisante pour justifier l'agrément du juge. La déclaration assermentée a traité de façon suffisante la question des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la loi a été commise et a donné des motifs justifiant que les lieux en question soient inclus dans l'autorisation.

Dans *Royal Craft* (précité), le juge Clement, après avoir cité abondamment les motifs du juge Dickson dans l'affaire *Coopers and Lybrand* (précitée), écrit au nom de la Cour d'appel, aux pp. 6147 et 6148:

[TRADUCTION] Dans le passage des motifs de jugement du juge Dickson cité ci-dessus, il considère les procédures en vertu du par. 231(4) comme faisant partie d'une procédure d'enquête efficace. La procédure d'enquête, aux fins des présentes, commence à l'art. 230 par l'obligation de tenir des registres et des livres de comptes et de les conserver jusqu'à ce que permission écrite d'en disposer ait été obtenue du Ministre. On ne prévoit aucune date limite à laquelle prend fin cette obligation. Cette obligation de conserver peut se prolonger pendant plusieurs années, et aucune disposition ne permet de la soumettre au contrôle des cours. Ce sont tous ces registres, livres de comptes et documents connexes qui peuvent être vérifiés ou examinés en vertu de l'al. 231(1)(a), et là encore, il n'y a pas de délai prévu. En vertu de l'al. (1)(d), l'enquêteur peut saisir et emporter tout document, registre ou livre «qui peuvent être requis comme preuve de l'infraction à toute disposition de la présente loi ou

leading, if so warranted by the documents seized, to charge or charges. Subsection (2) provides for the return of such documents unless their retention is ordered by a judge on an *ex parte* application: a safeguard against abuse paralleled in s.s. (4). Subsection (4) takes the matter a step further. Documents audited or examined under s.s. (1)(a) may point to further relevant documentation any or all of which may ground a reasonable and probable belief by the Minister that a violation has been committed. This is the motivation for the Minister in issuing an authorization. But the authorization still remains part of the investigative process, as much so as the preceding provisions I have noted. The search is for evidence of any violation of the Act or regulation. The public interest in the proper assessment and payment of income taxes is, in my view, offended if the courts are to hold that the investigative power plainly given to the Minister by Parliament is to be curtailed by a judicial technique of statutory interpretation. I can see no more reason for limiting the investigation under s.s. (4) than under s.s. (2) which in turn embraces all the documents required to be retained by a tax payer under s. 230.

In this view, I can find no error in the approval given by the judge under s. 231(5). The authorization was in order: it named the officers to execute the search and seizure, and identified the persons and the places. The scope of the seizure was not greater than that contemplated by the Act in the progression of investigation. There was thus nothing before the judge on which he could judicially withhold his approval of the "intended exercise of ministerial discretion". The validity of that exercise of discretion was demonstrated to Dechene, J. and the appellants filed no material to refute it.

This Court does not have to consider whether the judge committed errors in giving his approval. In so far as it exists, the inherent power of the Court of Appeal would only enable it to intervene in the event of an excess of jurisdiction.

The Superior Court judge gave his approval in the following terms:

After having considered the application made by the Chief, Judicial Processes Section, Special Investigations Division, based on the affidavit of Guy Drolet, I hereby

d'un règlement». Là encore, il n'y a pas de limite quant aux années d'imposition à l'égard desquelles cette saisie peut être exécutée. C'est une partie du processus d'enquête qui mène, si les documents saisis le justifient, à une ou plusieurs accusations. Le paragraphe (2) prévoit que le Ministre doit retourner ces documents à moins que, sur demande *ex parte*, un juge ordonne de les retenir: c'est une protection contre les abus équivalente à celle prévue au par. (4). Le paragraphe (4) fait avancer l'enquête à une autre étape. Les documents vérifiés ou examinés en vertu de l'al. (1)a) peuvent indiquer d'autres documents pertinents susceptibles de donner au Ministre des motifs raisonnables pour croire qu'une infraction a été commise. C'est le motif qui permet au Ministre de délivrer une autorisation. Mais l'autorisation fait encore partie de la procédure d'enquête, au même titre que les dispositions précédentes que j'ai soulignées. La perquisition vise à trouver la preuve d'une infraction à la Loi ou à un règlement. A mon avis, si les cours décident que le pouvoir d'enquête que le Parlement a clairement donné au Ministre doit être restreint par une technique judiciaire d'interprétation des lois, elles portent atteinte à l'intérêt que le public porte à la juste évaluation et au paiement de l'impôt sur le revenu. Je ne vois pas plus de raison de restreindre l'enquête en vertu du par. (4) qu'en vertu du par. (2) qui s'applique à tous les documents que le contribuable doit conserver en vertu de l'art. 230.

Dans les circonstances, je ne vois aucune erreur dans la décision du juge de donner son agrément en vertu du par. 231(5). L'autorisation était en bonne et due forme: elle nommait les fonctionnaires chargés de procéder à la perquisition et à la saisie, elle nommait les personnes visées et identifiait les lieux. Cette saisie n'avait pas une plus grande portée que celle qu'envisage la Loi dans le déroulement de l'enquête. Rien ne permettait donc au juge de refuser judiciairement son agrément à «l'exercice volontaire du pouvoir discrétionnaire du Ministre». On a prouvé au juge Dechene la validité de cet exercice du pouvoir discrétionnaire et les appelantes n'ont produit aucun moyen pour le réfuter.

Nous n'avons pas ici à nous demander si le juge a commis des erreurs en donnant son agrément. Car dans la mesure où il existe, ce n'est qu'au cas d'excès de juridiction que le pouvoir inhérent de la Cour d'appel lui permettrait d'intervenir.

Le juge de la Cour supérieure a donné son agrément en ces termes:

[TRADUCTION] Après avoir examiné la requête du chef de la section des procédures judiciaires, de la division des enquêtes spéciales, appuyée de la déclara-

approve of the above authorization, which approval is also indicated on the preceding pages by my initials.

The judge had to consider a similar authorization to those at issue in *Paroian* and *Royal Craft*. In the latter case Clement J., referring to *Coopers and Lybrand (supra)*, wrote at p. 6146: "The substance of the matter brought to court was essentially the same as here. The Minister's authorization was in the same terms and I am given to understand the same form is used in all cases of this nature". The judge had before him an affidavit stating in great detail the reasonable grounds which the Minister had to believe offences had been committed and including the points mentioned in the summary of the facts by Bernier J.A. of the Court of Appeal, cited at the beginning of these reasons. It is in light of this evidence that the judge gave his approval, and in my opinion it has not been shown that he exceeded his jurisdiction in doing so.

No appeal lies to the Court of Appeal of Quebec from that approval either pursuant to art. 26 C.C.P. or by virtue of the inherent power which, in the submission of appellant, the Court of Appeal has in the event that the Superior Court exceeds its jurisdiction. There is accordingly no need to consider the second question raised by appellant.

For these reasons I am of the opinion that this appeal should be dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Verchère, Noël & Eddy, Montreal.*

*Solicitor for the respondents: Jacques Ouellet, Montreal.*

tion assermentée de Guy Drolet, je donne par les présentes mon agrément à l'autorisation ci-dessus, et j'indique aussi mon agrément sur les pages qui précèdent en les paraçant.

<sup>a</sup> Le juge a eu à examiner une autorisation analogue à celles dont il est question dans *Paroian* et *Royal Craft*. Dans cette dernière affaire le juge Clement, référant à *Coopers and Lybrand* (précité), écrit à la p. 6146: [TRADUCTION] «Le fond du problème soumis à la cour était essentiellement le même qu'en l'espèce. L'autorisation du Ministre était rédigée de la même façon et on me dit que la même formule est employée dans tous les cas de cette nature». Le juge avait devant lui un affidavit très circonstancié quant aux motifs raisonnables du Ministre de croire à des infractions et comprenant les éléments indiqués dans le résumé des faits du juge Bernier de la Cour d'appel cité au début de ces motifs. C'est à la lumière de cette preuve que le juge a donné son agrément et à mon avis il n'a pas été démontré qu'en ce faisant il a excédé sa compétence.

<sup>e</sup> Cet agrément n'est pas susceptible d'appel à la Cour d'appel du Québec ni en vertu de l'art. 26 C.p.c., ni en vertu du pouvoir inhérent que, selon l'appellant, la Cour d'appel posséderait au cas d'excès de juridiction de la Cour supérieure. En conséquence il n'y a pas lieu d'examiner la deuxième question soulevée par l'appellant.

Pour ces motifs je suis d'avis que ce pourvoi doit être rejeté avec dépens.

<sup>g</sup> *Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appellant: Verchère, Noël & Eddy, Montréal.*

<sup>h</sup> *Procureur des intimés: Jacques Ouellet, Montréal.*

**Les Equipements Rocbec Inc., Gestion Rocval Inc., Maurice Paiement and Michel Hamel** *Appellants*;

and

**The Minister of National Revenue** *Respondent*.

File No.: 16718.

1982: February 24; 1982: May 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Income tax — Authorization of Minister of National Revenue to enter, search and seize — Approval given by a Superior Court judge — No right of appeal from approval to Court of Appeal — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 231(4),(5) — Code of Civil Procedure, art. 26.*

*Goodman v. Rompkey et al.*, [1982] 1 S.C.R. 589, followed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal, [1981] C.A. 461, dismissing the appellants' appeal from a judgment of the Superior Court, [1980] C.S. 1089, which dismissed a motion to review an approval given to an authorization to enter and seize pursuant to s. 231(4) of the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

*Bruno Pateras*, for the appellants.

*Jacques Ouellet, Q.C.*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This appeal raises the same points of law as *Goodman v. Rompkey et al.*, [1982] 1 S.C.R. 589, judgment which was rendered concurrently.

Aside from the facts, which of course are different, this appeal only differs from the other in two respects. In the case at bar, the appellants inscribed in appeal to the Court of Appeal as of right, rather than with leave of a judge of the Court of Appeal. In addition, the object of the

**Les Equipements Rocbec Inc., Gestion Rocval Inc., Maurice Paiement et Michel Hamel** *Appellants*;

et

**Le ministre du Revenu national** *Intimé*.

N° du greffe: 16718.

1982: 24 février; 1982: 10 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Impôt sur le revenu — Autorisation du ministre du Revenu national d'entrer, de chercher et de saisir — Agrément donné par un juge de la Cour supérieure — Aucun droit d'appel de l'agrément à la Cour d'appel — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 231(4),(5) — Code de procédure civile, art. 26.*

Jurisprudence: arrêt suivi: *Goodman c. Rompkey et autre*, [1982] 1 R.C.S. 589.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel, [1981] C.A. 461, qui a rejeté les appels des appelants à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure, [1980] C.S. 1089, qui avait rejeté une requête en révision d'un agrément à une autorisation pour entrer et saisir donné en vertu du par. 231(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pourvoi rejeté.

*Bruno Pateras*, pour les appelants.

*Jacques Ouellet, c.r.*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi soulève les mêmes questions de droit que l'affaire *Goodman c. Rompkey et autre*, [1982] R.C.S. 589, dans laquelle jugement est rendu en même temps que celui-ci.

Outre les faits qui bien entendu sont différents, ce pourvoi ne diffère de l'autre que sous deux aspects. Dans la présente affaire, les appelants ont inscrit en appel devant la Cour d'appel de plein droit, plutôt qu'avec la permission d'un juge de la Cour d'appel. En outre, l'objet de l'appel, plutôt

appeal, instead of being the approval of the Superior Court judge, is the decision of that judge, who found that he had the power to review his initial approval and then decided not to review it.

The question of whether a judge has the power to review his own approval is not at issue. There was no cross-appeal. This question was therefore not before the Court of Appeal, and the latter did not rule on it. Counsel for the respondent stated that he was not disputing the power of a judge to review his approval. Rather, to use his own phrase, he made the best of it.

In my opinion, the fact that the appeal relates to the decision of the judge not to review his initial approval, rather than to the initial approval itself, in no way alters the points of law to be decided in disposing of the appeal, as counsel for the appellants admitted at the hearing in answer to a question from the Court. Whether an approval or, if applicable, a revised approval is in question, if there is no appeal from the one there cannot be an appeal from the other.

For the reasons given in *Goodman, supra*, therefore, I would dismiss this appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Pateras & Iezzoni, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Jacques Ouellet, Montreal.*

que d'être l'agrément du juge de la Cour supérieure, est la décision du même juge qui, après s'être reconnu le pouvoir de réviser son agrément initial, a finalement décidé de ne pas le réviser.

<sup>a</sup> La question de savoir si le juge a le pouvoir de réviser son propre agrément n'est pas en cause. Il n'y a pas de contre-appel. La Cour d'appel n'en fut donc pas saisie et ne s'est pas prononcée sur cette question. Le procureur de l'intimé a déclaré ne pas contester le pouvoir du juge de réviser son agrément. Plutôt, selon sa propre expression, il s'en accommode.

<sup>b</sup> Que l'appel porte sur la décision du juge de ne pas réviser son agrément initial plutôt que sur l'agrément initial lui-même ne change rien, à mon avis, aux questions de droit à déterminer pour disposer du pourvoi comme l'a reconnu à l'audience le procureur des appelants en réponse à une question de la Cour. Qu'il s'agisse d'un agrément ou, le cas échéant, d'un agrément révisé, s'il n'y a pas d'appel de l'un il n'y en a pas davantage de l'autre.

<sup>c</sup> Pour les motifs donnés dans l'affaire *Goodman*, précitée, je suis donc d'avis de rejeter ce pourvoi avec dépens.

<sup>d</sup> *Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Pateras & Iezzoni, Montréal.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'intimé: Jacques Ouellet, Montréal.*

**Harvey Fee and Affiliated Offices Ltd.***Appellants;*

and

**M. J. Bradshaw, H. O. Merret,  
R. W. Arbuckle, H. E. Garland, S. F. Hobart,  
J. S. Hodgson and Bud Cullen** *Respondents.*

File No.: 15179.

1981: February 9.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and  
Lamer JJ.ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL*Courts — Practice — Appeal abandoned by delay —  
Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 59.*

Leave to appeal to the Supreme Court was granted on June 5, 1978, [1978] 1 S.C.R. vii, and the notice of appeal filed on July 4, 1978. However, the appeal had not been brought for hearing by appellant before September 22, 1980 and therefore was not within the one-year period pursuant to Rule 59.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, affirming a judgment of the Trial Division, 76 DTC 6279, denying an injunction. Appeal held to be abandoned<sup>1</sup>.

*Pierre Fournier and Paul Marchand*, for the appellants.

*Jacques Ouellet, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—By virtue of Rule 59 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, the present appeal is held to have been abandoned unless this Court or a judge thereof otherwise orders. We do not find any basis for otherwise ordering and so this appeal must be deemed to be abandoned.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Byers, Casgrain, McNally, Dingle, Benn & Lefebvre, Montreal.*

*Solicitors for the respondents: Gaspard Côté and Jacques Ouellet, Montreal.*

<sup>1</sup> See [1982] 1 S.C.R. 608.

**Harvey Fee et Affiliated Offices Ltd.***Appellants;*

et

**a M. J. Bradshaw, H. O. Merret,  
R. W. Arbuckle, H. E. Garland, S. F. Hobart,  
J. S. Hodgson et Bud Cullen** *Intimés.*

N° du greffe: 15179.

**b** 1981: 9 février.

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

**c** EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE*Tribunaux — Pratique — Abandon de l'appel pour cause de retard — Règles de la Cour suprême du Canada, art. 59.*

**d** L'autorisation d'appeler à la Cour suprême a été accordée le 5 juin 1978, [1978] 1 R.C.S. vii, et l'avis d'appel produit le 4 juillet 1978. L'appellant n'a toutefois inscrit l'appel que le 22 septembre 1980, soit après le délai d'un an prévu à l'art. 59.

**e**

**f** POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a confirmé un jugement de la Division de première instance, 76 DTC 6279, refusant une injonction. Pourvoi censé abandonné<sup>1</sup>.

*Pierre Fournier et Paul Marchand*, pour les appellants.

*Jacques Ouellet, c.r.*, pour les intimés.

**g**

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

**h** LE JUGE MARTLAND—En vertu de l'art. 59 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, le présent appel est censé avoir été abandonné, sauf si cette Cour ou un de ses juges en ordonne autrement. Comme il n'y a rien à notre avis qui justifie d'en ordonner autrement, cet appel est censé avoir été abandonné.

**i**

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs des appellants: Byers, Casgrain, McNally, Dingle, Benn & Lefebvre, Montréal.*

**j** *Procureurs des intimés: Gaspard Côté et Jacques Ouellet, Montréal.*

<sup>1</sup> Voir [1982] 1 R.C.S. 608.

**Harvey Fee and Affiliated Offices Ltd.***Appellants;*

and

**M. J. Bradshaw, H. O. Merret,  
R. W. Arbuckle, H. E. Garland, S. F. Hobart,  
J. S. Hodgson and Bud Cullen** *Respondents.*

File No.: 15179.

1981: June 6.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and  
Lamer JJ.**MOTIONS FOR EXTENSION OF TIME FOR HEARING  
AND TO REINSCRIBE***Appeal — Practice — Leave to appeal granted —  
Appeal held to be abandoned — Re-hearing granted —  
Motions for extension of time for hearing of appeal and  
to reinscribe appeal for hearing.*

On February 9, 1981 the Court held the appeal at bar  
to have been abandoned, [1982] 1 S.C.R. 607. On April  
6, 1981 a re-hearing was granted, [1981] 1 S.C.R. viii,  
on the question of whether this appeal should be held to  
have been abandoned pursuant to Rule 59 of the *Rules  
of the Supreme Court of Canada.*

MOTIONS for extension of time for hearing  
and to reinscribe the appeal for hearing. Motions  
granted<sup>1</sup>.

*Philippe Casgrain, Q.C.*, for the appellants.*James Mabbutt*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally  
by

MARTLAND J.—In view of consent of counsel  
for respondents, the applications for a rehearing  
and extension of time are granted. The appeal will  
be reinscribed. There will be no costs.

*Motions granted.**Solicitors for the appellants: Byers, Casgrain,  
McNally, Dingle, Benn & Lefebvre, Montreal.**Solicitors for the respondents: Gaspard Côté  
and Jacques Ouellet, Montreal.***Harvey Fee et Affiliated Offices Ltd.***Appelants;*

et

**<sup>a</sup> M. J. Bradshaw, H. O. Merret,  
R. W. Arbuckle, H. E. Garland, S. F. Hobart,  
J. S. Hodgson et Bud Cullen** *Intimés.*

N° du greffe: 15179.

<sup>b</sup> 1981: 6 juin.Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et  
Lamer.**<sup>c</sup> REQUÊTES EN PROROGATION DU DÉLAI  
D'AUDITION ET EN RÉINSCRIPTION DE L'APPEL**

<sup>d</sup> *Appel — Pratique — Autorisation d'appeler accor-  
dée — Appel censé abandonné — Permission pour une  
nouvelle audition accordée — Requêtes en prorogation  
du délai d'audition de l'appel et en réinscription de  
l'appel pour audition.*

<sup>e</sup> Le 9 février 1981, la Cour a considéré le présent appel  
abandonné, [1982] 1 R.C.S. 607. Le 6 avril 1981, une  
nouvelle audition a été accordée, [1981] 1 R.C.S. viii,  
sur le point de savoir si cet appel est censé avoir été  
abandonné en vertu de l'art. 59 des *Règles de la Cour  
suprême du Canada.*

<sup>f</sup> REQUÊTES en prorogation du délai d'audition  
et en réinscription de l'appel pour audition. Requê-  
tes accordées<sup>1</sup>.

*Philippe Casgrain, c.r.*, pour les appellants.*James Mabbutt*, pour les intimés.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour pro-  
noncé oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE MARTLAND—Vu le consentement de  
l'avocat des intimés, les requêtes en nouvelle audi-  
tion et en prorogation du délai d'appel sont accor-  
dées. L'appel sera réinscrit. Il n'y aura pas d'adj-  
udication de dépens.

*Requêtes accordées.*

<sup>i</sup> *Procureurs des appellants: Byers, Casgrain,  
McNally, Dingle, Benn & Lefebvre, Montréal.*

*Procureurs des intimés: Gaspard Côté et Jac-  
ques Ouellet, Montréal.*<sup>1</sup> See [1982] 1 S.C.R. 609.<sup>1</sup> Voir [1982] 1 R.C.S. 609.

**Harvey Fee and Affiliated Offices Ltd.***Appellants;*

and

**M. J. Bradshaw, H. O. Merret,  
R. W. Arbuckle, H. E. Garland, S. F. Hobart,  
J. S. Hodgson and Bud Cullen** *Respondents.*

File No.: 15179.

1982: March 2; 1982: May 10.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Beetz, Estey,  
McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL*Taxation — Income tax — Offences — Limitation of  
prosecutions — Minister's certificate — Injunction to  
prohibit filing certificate as evidence — Injunction  
denied — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s.  
244(4) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.),  
c. 10, ss. 2, 18.**Injunction — Income tax — Offences — Injunction  
to prohibit filing Minister's certificate as evidence —  
Jurisdiction of Federal Court Trial Division — Injunction  
denied — No remedy under s. 18 of Federal Court  
Act — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c.  
10, ss. 2, 18 — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c.  
63, s. 244(4).*

Appellants filed in the Trial Division of the Federal Court an application for an injunction to prohibit respondents from filing as evidence at the trial of appellants in the Court of Sessions of the Peace the certificate of the Minister of National Revenue provided for by s. 244(4) of the *Income Tax Act*. Appellants argued that the date given in the certificate as that on which evidence sufficient to justify the prosecution came to the Minister's knowledge was inaccurate. The application was dismissed, as was the appeal by appellants to the Federal Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The jurisdiction of the Trial Division of the Federal Court under s. 18 of the *Federal Court Act* extends to "any federal board, commission or other tribunal". The filing of a certificate stating the date on which evidence came to the Minister's knowledge does not constitute, either in the fact of filing the certificate or in the statement which it contains, an administrative decision or the exercise of a discretionary power by the Minister

**Harvey Fee et Affiliated Offices Ltd.***Appellants;*

et

**<sup>a</sup> M. J. Bradshaw, H. O. Merret,  
R. W. Arbuckle, H. E. Garland, S. F. Hobart,  
J. S. Hodgson et Bud Cullen** *Intimés.*

N° du greffe: 15179.

<sup>b</sup> 1982: 2 mars; 1982: 10 mai.Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson,  
Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Infractions —  
Prescription des poursuites — Certificat du Ministre —  
Injonction pour interdire le dépôt en preuve du certifi-  
cat — Injonction refusée — Loi de l'impôt sur le  
revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 244(4) — Loi  
sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10,  
art. 2, 18.**<sup>d</sup> Injonction — Impôt sur le revenu — Infractions —  
Injonction pour interdire le dépôt en preuve du certifi-  
cat du Ministre — Compétence de la Division de pre-  
mière instance de la Cour fédérale — Injonction refusée  
— Aucun recours en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la  
Cour fédérale — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970  
(2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2, 18 — Loi de l'impôt sur le  
revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 244(4).*

<sup>e</sup> Les appelants ont présenté devant la Division de première instance de la Cour fédérale une requête en injonction pour empêcher les intimés de déposer en preuve lors du procès des appelants devant la Cour des sessions de la paix le certificat du ministre du Revenu national prévu au par. 244(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les appelants soutiennent qu'est inexacte la date contenue au certificat quant au jour où la preuve justifiant les poursuites est venue à la connaissance du Ministre. La requête fut rejetée de même que l'appel des appelants à la Cour d'appel fédérale.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> La compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* s'étend à «tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral». Or le dépôt d'un certificat attestant de la date à laquelle la preuve est venue à la connaissance du Ministre ne constitue, ni par le fait même du dépôt du certificat, ni par l'affirmation qu'il contient, une décision administrative ou l'exercice d'un



so as to make the definition of the words “board, commission or other tribunal” in s. 2 of the Act applicable to him. The application for an injunction is accordingly dismissed, as in the case at bar there is no remedy under s. 18.

*Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commissioners* (1972), 27 D.L.R. (3d) 385; *B. v. Department of Manpower and Immigration*, [1975] F.C. 602, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal affirming a judgment of the Trial Division, 76 DTC 6279, denying an injunction. Appeal dismissed.

*Pierre Fournier* and *Gérald Dugré*, for the appellants.

*Jacques Ouellet, Q.C.*, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—Appellants’ action was dismissed by the Trial Division of the Federal Court and the Federal Court of Appeal; they are asking this Court to issue an injunction [TRANSLATION] “against respondents to prohibit the filing in the Court of Sessions of the Peace in the matter between appellants and Her Majesty of any certificate, or alleged certificate, of the Minister pursuant to s. 244(4) of the Income Tax Act”, 1970-71-72 (Can.), c. 63.

Respondents are the Minister of National Revenue at the time, Mr. Bud Cullen, and employees in his department. No distinction between them is necessary for the purposes of this appeal.

Section 244(4) of the *Income Tax Act* (*supra*) reads:

(4) An information or complaint under the provisions of the *Criminal Code* relating to summary convictions, in respect of an offence under this Act, may be laid or made on or before a day 5 years from the time when the matter of the information or complaint arose or within one year from the day on which evidence, sufficient in the opinion of the Minister to justify a prosecution for the offence, came to his knowledge, and the Minister’s certificate as to the day on which such evidence came to his knowledge is conclusive evidence thereof.

pouvoir discrétionnaire par le Ministre de façon à lui rendre applicable la définition à l’art. 2 de la Loi des mots «office, commission ou autre tribunal fédéral». La demande d’injonction est par conséquent rejetée car il n’existait pas en l’espèce de recours en vertu de l’art. 18.

Jurisprudence: *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commissioners* (1972), 27 D.L.R. (3d) 385; *B. c. Ministère de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, [1975] C.F. 602.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale qui a confirmé un jugement de la Division de première instance 76 DTC 6279, refusant une injonction. Pourvoi rejeté.

*Pierre Fournier* et *Gérald Dugré*, pour les appelants.

*Jacques Ouellet, c.r.*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Déboutés tant par la Division de première instance de la Cour fédérale que par la Cour d’appel fédérale, les appelants demandent à cette Cour d’émettre une injonction «contre les intimés pour interdire le dépôt en Cour des Sessions de la Paix dans la cause opposant les appelants et Sa Majesté de tout certificat, ou prétendu certificat, du ministre, en vertu de l’article 244(4) de la Loi de l’impôt sur le revenu», 1970-71-72 (Can.), chap. 63.

Les intimés sont le ministre du Revenu national de l’époque, monsieur Bud Cullen, et des fonctionnaires de son ministère. Il n’y a pas à distinguer entre eux pour les fins de ce pourvoi.

Le paragraphe 244(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (précitée) se lit:

(4) Une dénonciation ou une plainte en vertu des dispositions du *Code criminel* relative aux déclarations sommaires de culpabilité à l’égard d’une infraction à la présente loi peut être déposée ou faite au plus tard cinq ans après la date où le sujet qui a donné lieu à la dénonciation ou à la plainte a pris naissance, ou dans l’année qui suit le jour où une preuve suffisante, de l’avis du Ministre, pour justifier une poursuite relative à l’infraction, est venue à sa connaissance, et le certificat du Ministre quant au jour où cette preuve est venue à sa connaissance en est une preuve concluante.

This section provides in cases of a proceeding on summary conviction for two possible periods of prescription, namely five years from the time when the matter of the information or complaint arose, or one year from the day on which evidence sufficient to justify a prosecution came to the Minister's knowledge. There is no such prescription in the case of a prosecution on indictment. In the case at bar, however, since the proceeding was by summary conviction, the section is of great importance to appellants. The acts charged go back in one case to 1968 and in the other case fall between 1963 and 1971, whereas the informations are dated November 3, 1975. The first information, which comprises two counts against appellant Fee, reads:

1. On or about April 30, 1968, made a false or deceptive statement in his return of income for the 1967 taxation year pursuant to the Income Tax Act, R.S.C. 1952, ch. 148, by omitting to declare income in the said return for a sum of \$55,170.37 for the said taxation year, committing an offence contrary to the provisions of Section 239(1)(a) of the Income Tax Act;

2. On or about April 30, 1968, did wilfully evade the payment of taxes imposed by the Income Tax Act, R.S.C. 1952, ch. 148, for the 1967 taxation year, by omitting to declare income in his return of the said taxation year in the sum of \$55,170.37, thereby evading the payment of taxes of an amount of \$16,731.78, committing an offence contrary to Section 239(1)(d) of the Income Tax Act.

The second information applicable to the two appellants is worded as follows:

Between May 1st, 1963 and June 25, 1971, did wilfully evade the payment of taxes imposed by the Income Tax Act, R.S.C. 1952, ch. 148, for the taxation years 1964 to 1971 inclusively, by omitting to declare in the returns of income of Affiliated Offices Ltd., for the said taxation years, a total income of \$132,071.00, thereby evading the payment of taxes in the amount of \$46,665.00, committing an offence contrary to Section 239(1)(d) of the Income Tax Act.

It will be seen that if the five-year prescription applies, the first information is clearly prescribed and the second is prescribed for acts prior to November 3, 1970. This is where the certificate

Cet article édicte, lorsqu'il est procédé par déclaration sommaire de culpabilité, deux délais possibles de prescription soit 5 ans après la date où le sujet qui a donné lieu à la dénonciation ou à la plainte a pris naissance, ou un an depuis le jour où la preuve suffisante pour justifier une poursuite est venue à la connaissance du Ministre. Il n'y a pas de telle prescription dans le cas d'une poursuite par acte d'accusation. Dans l'espèce, cependant, puisque l'on a procédé par voie de déclaration sommaire, l'article revêt toute son importance pour les appelants. En effet, les actes reprochés remontent dans un cas à 1968 et dans l'autre cas se situent entre 1963 et 1971 alors que les dénonciations sont du 3 novembre 1975. La première dénonciation qui comprend deux chefs contre l'appelant Fee, se lit:

[TRADUCTION] 1. Vers le 30 avril 1968 a, en omettant de déclarer un revenu de \$55,170.37 pour l'année d'imposition 1967, fait une déclaration fausse ou trompeuse dans sa déclaration d'impôt sur le revenu pour ladite année d'imposition, qu'il a produite conformément à la Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, et a commis ainsi une infraction aux dispositions de l'al. 239(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu;

[TRADUCTION] 2. Vers le 30 avril 1968 a, en omettant de déclarer un revenu de \$55,170.37 pour l'année d'imposition 1967, volontairement éludé le paiement d'un impôt établi par la Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, pour ladite année d'imposition, et a de cette manière éludé le paiement de \$16,731.78 en impôts, commettant ainsi une infraction à l'al. 239(1)d) de la Loi de l'impôt sur le revenu.

La seconde dénonciation qui vise les deux appelants est libellée comme suit:

[TRADUCTION] Entre le 1<sup>er</sup> mai 1963 et le 25 juin 1971 ont, en omettant de déclarer, dans les déclarations d'impôt sur le revenu d'Affiliated Offices Ltd. pour les années d'imposition 1964 à 1971 incluse, un revenu total de \$132,071, volontairement éludé le paiement d'un impôt établi par la Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, et ont de cette manière éludé le paiement de \$46,665 en impôts, commettant ainsi une infraction à l'al. 239(1)d) de la Loi de l'impôt sur le revenu.

Comme on peut le constater, si la prescription de cinq ans s'applique, la première dénonciation est nettement prescrite et la seconde l'est pour les actes antérieurs au 3 novembre 1970. C'est ici

that the evidence came to the Minister's knowledge on May 6, 1975 becomes important, as it excludes all prescription in both cases.

According to appellants the date of May 6, 1975 is incorrect and the evidence came to the Minister's knowledge about two years before this date, and in fact much earlier if the knowledge of his employees can be attributed to the Minister.

Assuming that the certificate cannot be challenged in the Court of Sessions of the Peace, since under s. 244(4) it "is conclusive evidence thereof", and further assuming that there can be no recourse to the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, because it does not concern "a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis", appellants applied to the Trial Division of the Federal Court for an injunction as stated above to prohibit respondents from filing the certificate in the Court of Sessions of the Peace.

Marceau J. of the Trial Division of the Federal Court dismissed the application of appellants as follows, and I quote:

Apart from the question of whether, on the one hand, an injunction against the Minister is possible in the circumstances, and on the other hand, whether an order of the kind desired would achieve the intended purpose, I am of the opinion that this Court does not now have the power to verify the truth of the facts attested to in the certificate, any more than the Court of Sessions of the Peace will have at the time when it is produced. Moreover, if it were possible to challenge the contents of such a certificate, such a challenge should be made in the Court of Sessions of the Peace, because its sole aim would be to make use of a defence against the charge, namely that of prescription. The application for an injunction is accordingly dismissed with costs.

The appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed for the following reason:

Even if it is assumed that the Trial Division had the power to review the accuracy of the certificate of the Minister in this case, we are of the view that the

qu'entre en jeu le certificat à l'effet que la preuve est venue à la connaissance du Ministre le 6 mai 1975, écartant par là toute prescription dans les deux cas.

<sup>a</sup> Selon les appelants la date du 6 mai 1975 est inexacte et la preuve serait venue à la connaissance du Ministre environ deux ans plus tôt que cette date, et même beaucoup plus tôt si peut être imputée au Ministre la connaissance de ses fonctionnaires.

Estimant que le certificat ne peut être contesté en Cour des sessions de la paix puisqu'aux termes du par. 244(4) il «est une preuve concluante», et estimant d'autre part qu'il n'y a pas de recours à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, parce qu'il ne s'agit pas «d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire», les appelants se sont adressés à la Division de première instance de la Cour fédérale pour obtenir l'injonction que l'on sait aux fins d'interdire aux intimés de déposer le certificat en Cour des sessions de la paix.

<sup>f</sup> Le juge Marceau de la Division de première instance de la Cour fédérale a rejeté la requête des appelants en ces termes et je cite:

Indépendamment du problème de savoir si, d'une part, une injonction contre le Ministre est possible dans les circonstances, et si d'autre part un ordre dans le sens souhaité pourrait satisfaire au but poursuivi, je suis d'avis que cette Cour n'a pas plus aujourd'hui le pouvoir de vérifier la véracité des faits attestés par le certificat que ne pourra l'avoir la Cour des Sessions de la paix au moment où il sera produit. D'ailleurs, si la contestation d'un tel certificat quant à sa teneur était possible, c'est devant la Cour des Sessions de la paix qu'elle devrait être soulevée puisqu'elle aurait pour seul but de faire valoir à l'encontre de l'inculpation un moyen de défense, celui de la prescription. En conséquence, la requête pour injonction est rejetée avec dépens.

L'appel à la Cour d'appel fédérale a été rejeté au motif suivant:

[TRADUCTION] Même à supposer que la Division de première instance ait le pouvoir de vérifier l'exactitude du certificat du Ministre en l'espèce, nous estimons qu'il

appellant's application had nevertheless to be dismissed since it is clear, in our opinion, that section 244(4) of the Income Tax Act refers to the personal knowledge of the Minister and not to the knowledge of the officers of his department\*.

In this Court appellants raised a number of arguments which were conveniently summarized by counsel for the respondents as follows:

[TRANSLATION]

- (1) Do the provisions of s. 244(4) of the Income Tax Act that "the Minister's certificate as to the day on which such evidence came to his knowledge is conclusive evidence thereof" have the effect of divesting the courts of the power to hear evidence to the contrary, and if necessary, to rule that the date stated therein is incorrect?
- (2) In the event that the Court decides that the words in question do have the effect of divesting the courts of the aforementioned power, does it follow that the section in question is incompatible with the provisions of ss. 1(b) or 2(e) of the Canadian Bill of Rights?
- (3) In the event that the Court finds that s. 244(4) does not have the effect of divesting an accused person of the right to dispute the accuracy of the facts stated in the Minister's certificate, is any such challenge exclusively a matter for the Court having jurisdiction over the charges laid against the accused?
- (4) In the event that this is not the case, does s. 18 of the Federal Court Act give that Court the necessary jurisdiction to issue the type of injunction desired by appellants?
- (5) If an affirmative answer is given to question No. 4, do the facts alleged in the application for an injunction justify the arguments presented by appellants as to the so-called inaccuracy of the date on which evidence sufficient to justify the prosecutions laid against them came to the knowledge of the Minister of National Revenue?

In my opinion, before considering any other argument the Court must dispose of No. 4, which is concerned with the very existence in the case at bar of the remedy sought, as this will be conclusive in the event of a negative answer. In this regard I

\* Oral reasons from the Bench.

y avait néanmoins lieu de rejeter la demande de l'appellant, car il est évident, à notre avis, que le par. 244(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu parle de la connaissance personnelle du Ministre et non de celle des fonctionnaires de son ministère\*.

Devant cette Cour les appelants soulèvent de nombreux moyens commodément résumés par le procureur des intimés de la façon suivante:

- 1) Est-ce que les dispositions de l'article 244(4) de la Loi de l'impôt sur le revenu à l'effet que «le certificat du Ministre quant au jour où cette preuve est venue à sa connaissance en est une preuve concluante», ont pour effet de retirer aux tribunaux le pouvoir d'entendre une preuve à l'effet contraire et, le cas échéant, de décréter que la date qui y est mentionnée est erronée?
- 2) Advenant qu'il soit statué que les mots en question ont pour effet de retirer aux tribunaux le pouvoir ci-dessus mentionné, est-ce qu'il s'ensuit que l'article en question est incompatible avec les dispositions des articles 1(b) ou 2(e) de la Déclaration canadienne des droits?
- 3) Advenant qu'il soit statué que l'article 244(4) n'a pas pour effet de priver un accusé de la possibilité de contester la véracité des faits attestés par le certificat du Ministre, est-ce que telle contestation est du ressort exclusif du tribunal ayant compétence pour se prononcer sur les accusations portées contre le prévenu?
- 4) Advenant que tel ne soit pas le cas, est-ce que l'article 18 de la Loi sur la Cour fédérale accorde à cette dernière la compétence nécessaire pour émettre le genre d'injonction sollicitée par les appelants?
- 5) Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la question no 4, est-ce que les faits allégués dans la requête en injonction justifient les prétentions soutenues par les appelants quant à la soi-disant inexactitude de la date où une preuve suffisante pour justifier les poursuites intentées contre eux, serait venue à la connaissance du Ministre du Revenu national?

Je suis d'avis qu'avant de considérer quelque autre moyen il faut d'abord disposer du quatrième qui porte sur l'existence même, en l'espèce, du recours entrepris ce qui, advenant une réponse négative, sera déterminant. En cela je suis d'ac-

\* Motifs prononcés oralement par le juge à l'audience.

am in agreement with the observations of counsel for the appellants in his submission:

[TRANSLATION] Section I—The first question that arises is as to the jurisdiction of the Trial Division of the Federal Court, even assuming that appellants were correct in maintaining that the certificate (Exhibit P-2) constitutes a fraud and an abuse of power, and that s. 244(4) either does not apply in view of the 1960 Canadian Bill of Rights, or must be interpreted as limiting the scope of the words “conclusive evidence” to the trial level court in which appellants are charged, namely to the Court of Sessions of the Peace.

Section 18 of the *Federal Court Act* reads:

18. The Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

The words “federal board, commission or other tribunal” are defined in s. 2 of the said Act:

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of the Parliament of Canada, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of *The British North America Act, 1867*;

Appellants based two arguments on s. 18.

Their first argument is as follows:

[TRANSLATION] First, that by giving the Trial Division of the Federal Court the superintending and reforming power over federal agencies which traditionally belonged to the superior courts of the various provinces, the federal Parliament has placed before the Federal Court

cord avec le procureur des appelants qui écrit dans son mémoire:

Section I—La première question qui se pose est celle de la juridiction de la division de première instance de la Cour Fédérale à supposer même que les appelants auraient raison de prétendre que le certificat (pièce P-2) constitue un faux et un abus de pouvoir d'une part et que l'article 244(4) ou bien ne s'applique pas vu la Déclaration canadienne des droits de 1960 ou doit être interprété comme limitant la portée des mots «preuve concluante» au tribunal de première instance devant lequel les appelants sont accusés, soit à la Cour des Sessions de la Paix.

L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* se lit:

18. La Division de première instance a compétence exclusive en première instance

a) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et

b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

Les mots «office, commission ou autre tribunal fédéral» sont définis à l'art. 2 de la même loi:

«office, commission ou autre tribunal fédéral» désigne un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi, à l'exclusion des organismes de ce genre constitués ou établis par une loi d'une province ou sous le régime d'une telle loi ainsi que des personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d'une province ou en vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*;

Les appelants tirent deux arguments de cet art. 18.

Leur premier argument est formulé comme suit:

D'abord, qu'en donnant à la Cour Fédérale, division de première instance, le pouvoir de surveillance et de contrôle sur les organismes fédéraux qui appartenait traditionnellement aux tribunaux supérieurs des différentes provinces, le parlement fédéral a importé devant la Cour

the precedents relating to abuse of power, even where a discretionary power is concerned, . . .

In support of this first argument, appellants cited the following passage from Mr. René Dussault in his *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 1974, vol. II, at pp. 1414 and 1415:

[TRANSLATION] When a public officer or agency in exercising discretionary powers acts arbitrarily, unfairly or with discrimination toward a person or particular group of persons, or when the action in question appears to be manifestly unreasonable, the courts do not hesitate to intervene to rectify such abuses.

. . . the criteria for intervening are closely bound up with the concept of *ultra vires*. Though not synonymous they are nonetheless generally used in concert by the courts to demonstrate that there was in a particular case a serious abuse of discretion which makes the act or decision of the agency *ultra vires*.

Appellants further cited with regard to the exercise of a discretionary power the following *dictum* of Lord Halsbury, in *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173, at p. 179:

It is to be, not arbitrary, vague and fanciful, but legal and regular. And it must be exercised within the limit, to which an honest man, competent to the discharge of his office ought to confine himself.

Appellants further referred to *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, and the article by Stuart Thom, Q.C., "Abuse of Power by the Department of National Revenue and the Role of an Independent Judicial System in its Regulation and Control", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, 1979, at p. 531.

The second argument is as follows:

[TRANSLATION] . . . as the jurisdiction given to the Federal Court of Appeal under s. 28(1) is in substance, though not in name, the same jurisdiction formerly exercised by the superior court through the prerogative writ, but circumscribed by the inclusion of the words "other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis", s. 18 must be given a wider meaning, to include review of administrative decisions which are not of a judicial or quasi-judicial nature.

Fédérale la jurisprudence concernant l'abus de pouvoir, même lorsqu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, . . .

A l'appui de ce premier argument, les appelants citent le passage suivant de M<sup>e</sup> René Dussault dans son *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 1974, t. II, aux pp. 1414 et 1415:

Lorsqu'un agent ou une autorité publique fait preuve dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, d'arbitraire, d'injustice ou de discrimination à l'égard d'une personne ou d'un groupe particulier de personnes, ou encore lorsque l'action en cause apparaît manifestement déraisonnable, les tribunaux n'hésitent pas à intervenir pour corriger de tels abus.

. . . [les] critères d'intervention sont intimement liés à la notion de l'*ultra-vires*. Sans être synonymes, ils n'en sont pas moins généralement utilisés de concert par les tribunaux pour démontrer qu'il y a eu dans un cas particulier un grave abus de discrétion qui rend l'acte ou la décision de l'Administration *ultra-vires*.

Les appelants citent encore au sujet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, le *dictum* suivant de lord Halsbury dans *Sharp v. Wakefield*, [1891] A.C. 173, à la p. 179:

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'être arbitraire, vague ou fantaisiste mais juridique et régulier. Et il faut rester dans les limites auxquelles un homme honnête et apte à remplir ses fonctions devrait se tenir.

Les appelants réfèrent de plus à l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 et à l'article de Stuart Thom, Q.C., «Abuse of Power by the Department of National Revenue and the Role of an Independent Judicial System in its Regulation and Control», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, 1979, à la p. 531.

Le second argument est ainsi formulé:

. . . la juridiction donnée à la Cour d'appel fédérale, en vertu de l'article 28(1) étant en substance, mais pas en nom, la même juridiction que possédait auparavant la Cour supérieure par voie de bref de prérogative, mais étant réduite par l'inclusion des mots «autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire», il faut donner à l'article 18 un sens agrandi comprenant la révision des décisions administratives qui ne sont pas de nature judiciaire ou quasi-judiciaire.

They cited in support the following passage from Professor Henri Brun in an article titled "La Mort de la «Discrétion Administrative»", (1974), 52 *Can. Bar. Rev.* 426, at p. 429:

[TRANSLATION] Review of decisions of a judicial nature is to be exclusively a matter for the Federal Court of Appeal. It is to be provided using a new procedure, which is undoubtedly intended to replace all the prerogative writs formerly used for this purpose. On the other hand, review of decisions of an administrative nature is a matter for the Trial Division of the Federal Court, as probably is also any review that operates *ab initio*. This review is intended to apply through the traditional writs.

Appellants further referred to the decision of the Court of Appeal of Ontario in *City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commissioners* (1972), 27 D.L.R. (3d) 385, and the judgment of the Trial Division of the Federal Court in *B. v. Department of Manpower and Immigration*, [1975] F.C. 602.

Is the decision before the Court an administrative decision or the exercise of a discretionary power, to use the expressions employed by appellants and by the writers cited?—for that is what s. 18 is applicable to. The jurisdiction of the Trial Division of the Federal Court under that section extends to "any federal board, commission or other tribunal", that is, to "any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of the Parliament of Canada".

Only to the extent that he makes an administrative decision or exercises a discretionary power could it be argued that the Minister of National Revenue is included in the definition of the words "board, commission or other tribunal" as a person having jurisdiction or powers conferred by or under an Act of the Parliament of Canada, and consequently, that he may be subject to the superintending and reforming power of the Trial Division. What is the situation in the case at bar?

In order to answer the question presented we must look at the act of the Minister, which

Ils citent au soutien le passage suivant du professeur Henri Brun dans un article intitulé «La Mort de la «Discrétion Administrative»», (1974), 52 *R. du B. Can.* 426, à la p. 429:

<sup>a</sup> Le contrôle des décisions de type judiciaire doit relever exclusivement de la Cour d'appel fédérale. Il doit s'exercer suivant une procédure nouvelle et sans nom, destinée à remplacer tous les brefs de prérogatives pouvant auparavant remplir cette tâche. Par contre, le contrôle des décisions de type administratif appartient à la division de première instance de la même Cour fédérale, de même, vraisemblablement, que tous les contrôles pouvant s'exercer *ab initio*. Ce contrôle est censé procéder par l'entremise des brefs traditionnels.

<sup>c</sup> Les appelants réfèrent en outre à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commissioners* (1972), 27 D.L.R. (3d) 385 et au jugement de la Division de première instance de la Cour fédérale dans *B. c. Ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1975] C.F. 602.

<sup>e</sup> Sommes-nous cependant en présence d'une décision administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, pour reprendre les expressions utilisées par les appelants et par les auteurs cités? Car c'est ceci que vise l'art. 18. La compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale en vertu de cet article s'étend à «tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral» c'est-à-dire à «un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi».

<sup>h</sup> Ce n'est que dans la mesure où il prend une décision administrative ou exerce un pouvoir discrétionnaire que l'on pourrait prétendre que le Ministre du revenu national est compris dans la définition des mots «office, commission ou autre tribunal» en tant que personne ayant une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi et que partant, il pourrait être assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Division de première instance. Qu'en est-il en l'espèce?

<sup>j</sup> Pour répondre à la question posée il faut examiner l'acte du Ministre qui constituerait de sa part

allegedly constituted an administrative decision or the exercise of an administrative power by him. Is that act the statement itself, contained in the certificate, as to the day when the evidence came to the Minister's knowledge, or is it the act of filing the certificate in the Court of Sessions of the Peace? The statement by appellants in their submission that [TRANSLATION] "the purpose . . . is to prevent the use of a forgery" leads me to think that the second alternative is applicable. I shall nonetheless consider both possibilities.

With regard to the first alternative, the statement as to the day on which the evidence came to the Minister's knowledge cannot in any way be likened, in my opinion, to an administrative decision or the exercise of a discretionary power. The Minister is not taking a decision and he is not exercising a discretionary power. So far as he is concerned he is testifying as to a fact. He does not have to take any position favouring one course of conduct over another. He does not have to exercise any discretion in determining when evidence came to his knowledge. It is a fact. He cannot alter it to suit himself. As counsel for the respondents observed, [TRANSLATION] "He is simply stating a fact."

Turning to the second alternative, here again the Minister's act of filing a certificate in the Court of Sessions of the Peace does not in my opinion constitute either a decision of an administrative nature or the exercise of a discretionary power. For the Minister, it is the use of a mode of proof which is specifically authorized by the Act. Instead of requiring the Minister to testify in each case, the Act provides that the Minister may file a certificate which takes the place of testimony by him, as is true in many other areas. It is a rule of the administration of evidence which does not entail any administrative decision or exercise of a discretionary power by the Minister. The fact that the Act also provides that the certificate is "conclusive evidence" of the day on which the evidence came to the Minister's knowledge does not in any way alter the nature of the latter's act or acts.

une décision administrative ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Cet acte est-il l'affirmation elle-même contenue dans le certificat quant au jour où la preuve est venue à la connaissance du Ministre, ou est-il l'acte de déposer le certificat en Cour des sessions de la paix? La mention par les appelants dans leur mémoire que «le but recherché . . . est d'empêcher l'utilisation d'un faux» me porte à penser qu'il s'agit plutôt du second. J'envisagerai néanmoins les deux hypothèses.

Quant à la première hypothèse, l'affirmation quant au jour où la preuve est venue à la connaissance du Ministre ne peut, à mon avis, en aucune façon être assimilée à une décision administrative ou à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Ce n'est pas une décision que le Ministre prend, ce n'est pas un pouvoir discrétionnaire qu'il exerce. C'est de sa part témoigner d'un fait. Il n'a pas à prendre position en faveur d'une conduite à suivre plutôt qu'une autre. Il n'a pas de discrétion à exercer pour déterminer quand une preuve est venue à sa connaissance. C'est un fait. Il ne lui appartient pas de le déterminer à sa guise. Comme l'exprime le procureur des intimés «il atteste tout simplement d'un fait».

Passant à la deuxième hypothèse, encore là l'acte du Ministre consistant à déposer un certificat devant la Cour des sessions de la paix ne constitue à mon avis ni une décision de nature administrative, ni l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. C'est, de la part du Ministre, recourir à un mode de preuve que la Loi autorise de façon spécifique. Au lieu d'obliger le Ministre à témoigner dans chaque cas, la Loi prévoit que le Ministre peut produire un certificat qui tient lieu du témoignage du Ministre comme cela existe dans de nombreux autres domaines. Il s'agit d'une règle d'administration de la preuve qui ne comporte de la part du Ministre aucune décision de nature administrative ni aucun exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Que la Loi dispose par ailleurs que le certificat est «une preuve concluante» du jour où la preuve est venue à la connaissance du Ministre, ne change pas la nature de l'acte ou des actes de celui-ci.



The filing of a certificate stating the date on which evidence came to the Minister's knowledge does not constitute, either in the fact of filing the certificate or in the statement which it contains, an administrative decision or the exercise of a discretionary power by the Minister so as to make the definition of the words "federal board, commission or other tribunal" applicable to him.

Without making any decision on the other points raised, I am of the opinion that in the case at bar there is no remedy under s. 18 of the *Federal Court Act*, and that for this reason the appeal should be dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Byers, Casgrain, McNally, Dingle, Benn & Lefebvre, Montreal.*

*Solicitors for the respondents: Gaspard Côté and Jacques Ouellet, Montreal.*

Le dépôt d'un certificat attestant de la date à laquelle la preuve est venue à la connaissance du Ministre ne constitue, ni par le fait même du dépôt du certificat, ni par l'affirmation qu'il contient, une décision administrative ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le Ministre de façon à lui rendre applicable la définition des mots «office, commission ou autre tribunal fédéral».

Sans me prononcer sur les autres questions soulevées, je suis d'avis qu'en l'espèce il n'existe pas de recours en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* et que pour ce motif le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Byers, Casgrain, McNally, Dingle, Benn & Lefebvre, Montréal.*

*Procureurs des intimés: Gaspard Côté et Jacques Ouellet, Montréal.*

**Peter J. Hanson and the Administrator of the Yukon Territory** *Appellants*;

and

**Sam Johnson** *Respondent*;

and

**Mark Hoffman and Ray Wotton** *Respondents*.

File No.: 16509.

1982: April 29; 1982: May 10.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

*Practise — Application to strike out — Whether or not statement of claim scandalous, frivolous and vexatious, and disclosing no reasonable claim — Yukon Supreme Court Rules, Rule 24(a), (b).*

APPEAL from a judgment of the Yukon Territory Court of Appeal, January 12, 1981, dismissing an appeal from a judgment of Maddison J. dismissing an application for an order to strike out the writ of summons and statement of claim. Appeal dismissed.

*Sydney B. Horton*, for the appellants.

*Ronald S. Veale*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The appellants applied to a judge in Chambers under the provisions of Rule 19(24) (a) and (b) of the Yukon Supreme Court Rules for an order striking out the writ of summons and statement of claim issued against the appellants, on the ground that the statement of claim disclosed “no reasonable claims” and was “scandalous, frivolous and vexatious”. Maddison J. dismissed the application and his decision was upheld by the Court of Appeal of the Yukon Territory (Taggart, Hutcheon JJ.A., Craig J.A. dissenting).

We have not been persuaded that there was error on the part of the courts below in dismissing

**Peter J. Hanson et l'Administrateur du territoire du Yukon** *Appellants*;

et

<sup>a</sup> **Sam Johnson** *Intimé*;

et

**Mark Hoffman et Ray Wotton** *Intimés*.

<sup>b</sup>

N° du greffe: 16509.

1982: 29 avril; 1982: 10 mai.

<sup>c</sup> Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

<sup>d</sup> *Pratique — Requête en radiation — La déclaration est-elle scandaleuse, futile et vexatoire et ne révèle-t-elle aucune réclamation valable? — Règles de la Cour suprême du Yukon, règle 24a), b).*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du territoire du Yukon en date du 12 janvier 1981, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Maddison qui a rejeté une requête en radiation du bref d'assignation et de la déclaration. Pourvoi rejeté.

<sup>f</sup>

*Sydney B. Horton*, pour les appellants.

*Ronald S. Veale*, pour les intimés.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>h</sup> LE JUGE DICKSON—En vertu des dispositions des al. 19(24)a) et b) des Règles de la Cour suprême du Yukon, les appellants ont demandé à un juge en chambre d'ordonner la radiation du bref d'assignation et de la déclaration qu'on leur a signifiés pour le motif que la déclaration ne révèle [TRADUCTION] «aucune réclamation valable» et qu'elle est [TRADUCTION] «scandaleuse, futile et vexatoire». Le juge Maddison a rejeté la requête et la Cour d'appel du territoire du Yukon (les juges Taggart et Hutcheon, le juge Craig étant dissident) a maintenu cette décision.

<sup>j</sup>

On ne nous a pas convaincus que les cours d'instance inférieure ont commis une erreur en

the motion to strike out. The appeal is accordingly dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellants: Sydney B. Horton, a Whitehorse.*

*Solicitors for the respondent Sam Johnson: Cable, Veale, Cosco & Morris, Whitehorse.*

rejetant la requête en radiation. En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur des appelants: Sydney B. Horton, Whitehorse.*

*Procureurs de l'intimé Sam Johnson: Cable, Veale, Cosco & Morris, Whitehorse.*

**Jacques Paul Appellant;**

and

**Her Majesty The Queen Respondent.**

File No.: 16322.

1981: October 14; 1982: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Sentence — Imposition of consecutive sentences — Meaning of “before the same court at the same sittings” — Power to sentence consecutively — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 645(4)(a), 645(4)(c), 649(1).*

*Interpretation — Construction of penal statute — Cumulative punishments — Legislative history — Exceptional construction — Avoidance of absurd results — No meaning given to the words “at the same sittings” — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 645(4)(a), 645(4)(c).*

Appellant pleaded guilty on three different occasions before the same judge to a total of nine criminal charges. That judge, at sentencing for all charges, ordered the sentences in each of the three files to be served consecutively. Appellant's appeal to the Court of Appeal was dismissed. Hence, the appeal to this Court on the ground that the trial judge had no power under the *Criminal Code* to impose the consecutive sentences as the appellant had been convicted at different sittings.

*Held:* The appeal should be dismissed.

A judge may order that a sentence be served consecutively to another sentence he has previously imposed or is at the same time imposing (s. 645(4)(c) *Cr.C.*). He cannot, however, order that a sentence be made consecutive to one imposed by another judge in another case unless that other judge had already sentenced the accused at the time of the conviction in the case under consideration (s. 645(4)(a) *Cr.C.*). The words “at the same sittings” in s. 645(4)(c) were given no meaning since they refer to a time span of judicial activity that practically no longer exists for most courts or cause absurd differences in the sentencing powers of the judges on the basis of distinctions that resist any kind of possible rationalization.

**Jacques Paul Appellant;**

et

**Sa Majesté La Reine Intimée.**

<sup>a</sup> N° du greffe: 16322.

1981: 14 octobre; 1982: 31 mai.

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

<sup>b</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Sentence — Cumul des sentences — Sens de l'expression «devant la même cour pendant la même session» — Pouvoir d'ordonner le cumul des sentences — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 645(4)a, 645(4)c, 649(1).*

*Interprétation — Interprétation d'une loi pénale — Peines cumulatives — Historique législatif — Interprétation exceptionnelle — Nécessité d'éviter des résultats absurdes — Aucun sens n'est donné aux mots «pendant la même session» — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 645(4)a, 645(4)c.*

<sup>e</sup> En trois occasions distinctes, l'appellant a plaidé coupable devant le même juge relativement à neuf accusations criminelles. Lors du prononcé de la sentence afférente à chacune des accusations, le juge a ordonné que les sentences relatives aux trois dossiers soient purgées consécutivement. La Cour d'appel a débouté l'appellant de son appel. Il se pourvoit donc devant cette Cour en faisant valoir que le juge de première instance ne pouvait en vertu du *Code criminel* imposer les sentences consécutives parce que les déclarations de culpabilité ont été prononcées pendant des sessions différentes.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>f</sup> Un juge peut ordonner qu'une sentence soit purgée consécutivement à une autre sentence qu'il a imposée préalablement ou qu'il impose au même moment (al. 645(4)c) *C.cr.*). Il ne peut toutefois ordonner qu'une sentence soit purgée consécutivement à celle imposée par un autre juge dans une autre affaire, à moins que cet autre juge n'ait déjà prononcé la sentence de l'accusé au moment de la déclaration de culpabilité dans l'affaire dont il est saisi (al. 645(4)a) *C.cr.*). Aucun sens n'est donné aux mots «pendant la même session» qui figurent à l'al. 645(4)c) parce qu'ils renvoient à une période d'activité judiciaire pratiquement révolue dans la plupart des cours ou parce qu'ils engendrent des différences absurdes quant aux pouvoirs d'imposition des sentences accordés aux juges sur la base de distinctions qui défont toute rationalisation possible.

The general power to sentence consecutively was codified by Parliament in 1892. Such power must now be found in existing federal legislation (s. 649(1) *Cr.C.*).

*R. v. Oakes* (1977), 37 C.C.C. (2d) 84, followed; *R. v. Muise* (No. 3) (1975), 23 C.C.C. (2d) 440, not followed; *Ex Parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211; *Paquette v. La Reine*, C.A. Mtl., No. 10-00003-80, March 12, 1981, distinguished; *Yeltatzie v. R.* (1979), 12 C.R. (3d) 8; *R. v. Reddick* (1974), 9 N.S.R. (2d) 425; *R. v. Corbeil*, C.A. Mtl., No. 10-000163-72, October 17, 1972; *R. v. Snell*, C.A. Mtl., No. 10-000100-73, August 2, 1973; *R. v. Pearson* (1979), 11 C.R. (3d) 313; *Primeau v. The Queen* (1962), 42 C.R. 228; *R. v. Caswell* (1873), 33 U.C.Q.B. 303; *R. v. Bombardier* (1905), 11 C.C.C. 216; *R. v. Johnston* (1908), 13 C.C.C. 179; *R. v. Korman* (1923), 49 C.C.C. 405; *R. v. The Justices of Sussex* (1864), 4 B. & S. 966; *R. v. Tronson*, [1932] 1 W.W.R. 537; *McLeod v. Waterman* (1903), 9 B.C.R. 370; *Hogaboom v. Lunt* (1892), 14 P.R. 480; *R. v. Wilkes* (1770), 19 How. St. Tr. 1075, 4 Burr. 2527, 98 E.R. 327; *R. v. Cutbush*, (1867) L.R. 2 Q.B. 379, 10 Cox C.C. 489; *Gregory v. The Queen* (1850), 15 Q.B. 974; *Leverson v. The Queen*, (1869) L.R. 4 Q.B. 394; *R. v. Orton, alias Castro* (1880), 14 Cox C.C. 436; *Castro, alias Orton v. The Queen* (1881), 14 Cox C.C. 546; *Attorney-General v. Lockwood* (1842), 9 M. & W. 377, 152 E.R. 160; *Becke v. Smith* (1836), 2 M. & W. 191, 150 E.R. 724, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec affirming the consecutive sentences imposed by Longtin J. of the Court of the Sessions of the Peace.

*Ivan Lerner*, for the appellant.

*René Domingue*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—This appeal raises questions as to the powers conferred by Parliament on a judge, when passing sentence of imprisonment, to direct that the sentence be served consecutively to another. The sections of the *Code* relevant to this appeal are the following:

649. (1) A sentence commences when it is imposed, except where a relevant enactment otherwise provides.

Le législateur a codifié en 1892 le pouvoir général d'imposer des sentences consécutives. Le fondement de ce pouvoir doit maintenant se trouver dans un texte législatif fédéral (par. 649(1) *Cr.cr.*).

Jurisprudence: arrêt suivi: *R. v. Oakes* (1977), 37 C.C.C. (2d) 84; arrêt non suivi: *R. v. Muise* (No. 3) (1975), 23 C.C.C. (2d) 440; distinction faite avec les arrêts: *Ex Parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211; *Paquette c. La Reine*, C.A. Mtl., n° 10-00003-80, le 12 mars 1981; arrêts mentionnés: *Yeltatzie v. R.* (1979), 12 C.R. (3d) 8; *R. v. Reddick* (1974), 9 N.S.R. (2d) 425; *R. c. Corbeil*, C.A. Mtl., n° 10-000163-72, le 17 octobre 1972; *R. c. Snell*, C.A. Mtl., n° 10-000100-73, le 2 août 1973; *R. v. Pearson* (1979), 11 C.R. (3d) 313; *Primeau c. La Reine* (1962), 42 C.R. 228; *R. v. Caswell* (1873), 33 U.C.Q.B. 303; *R. v. Bombardier* (1905), 11 C.C.C. 216; *R. v. Johnston* (1908), 13 C.C.C. 179; *R. v. Korman* (1923), 49 C.C.C. 405; *R. v. The Justices of Sussex* (1864), 4 B. & S. 966; *R. v. Tronson*, [1932] 1 W.W.R. 537; *McLeod v. Waterman* (1903), 9 B.C.R. 370; *Hogaboom v. Lunt* (1892), 14 P.R. 480; *R. v. Wilkes* (1770), 19 How. St. Tr. 1075, 4 Burr. 2527, 98 E.R. 327; *R. v. Cutbush*, (1867) L.R. 2 Q.B. 379, 10 Cox C.C. 489; *Gregory v. The Queen* (1850), 15 Q.B. 974; *Leverson v. The Queen*, (1869) L.R. 4 Q.B. 394; *R. v. Orton, alias Castro* (1880), 14 Cox C.C. 436; *Castro, alias Orton v. The Queen* (1881), 14 Cox C.C. 546; *Attorney-General v. Lockwood* (1842), 9 M. & W. 377, 152 E.R. 160; *Becke v. Smith* (1836), 2 M. & W. 191, 150 E.R. 724.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé les sentences consécutives imposées par le juge Longtin de la Cour des sessions de la paix.

*Ivan Lerner*, pour l'appellant.

*René Domingue*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi met en cause les pouvoirs par lesquels le Parlement permet à un juge d'ordonner le cumul de la sentence d'emprisonnement qu'il impose avec une autre sentence. Les dispositions pertinentes du *Code* sont les suivantes:

649. (1) Une sentence commence au moment où elle est imposée, sauf lorsqu'un texte législatif pertinent y pourvoit de façon différente.

645. ...

(4) Where an accused

(a) is convicted while under sentence for an offence, and a term of imprisonment, whether in default of payment of a fine or otherwise, is imposed;

(b) is convicted of an offence punishable with both fine and imprisonment, and both are imposed with a direction that, in default of payment of the fine, the accused shall be imprisoned for a term certain; or

(c) is convicted of more offences than one before the same court at the same sittings, and

(ii) terms of imprisonment for the respective offences are imposed,

the court that convicts the accused may direct that the terms of imprisonment shall be served one after the other.

(My emphasis.)

The position taken by respondent requires a determination of whether there exists a general power to order that a sentence be served consecutively, notwithstanding s. 649(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, or whether that power must be found in existing federal legislation; that taken by appellant requires us to determine what is meant by the words "before the same court at the same sittings" used by Parliament in s. 645(4)(c) of the *Criminal Code*.

#### THE FACTS

The appellant pleaded guilty before a judge of the Court of the Sessions of the Peace, sitting in the judicial district of Montreal, on three different days to nine charges under the *Criminal Code* and, then on June 21, 1978, he was sentenced to a series of concurrent and consecutive sentences of imprisonment which, when computed, amounted to an incarceration of six years. For an easier understanding of these facts, I have identified as A, B, C and D the court appearances and numbered the offences.

Appellant appeared three times before the same judge to plead guilty to offences and finally, on a fourth occasion, was sentenced by that judge for all offences.

645. ...

(4) Si un accusé

a) est déclaré coupable alors qu'il est sous le coup d'une sentence pour infraction et si une période d'emprisonnement, soit à défaut du paiement d'une amende, soit autrement, est infligée;

b) est déclaré coupable d'une infraction punissable à la fois d'une amende et d'un emprisonnement et si les deux sont infligés avec stipulation que, faute de paiement de l'amende, il doit être emprisonné pendant une période déterminée; ou

c) est déclaré coupable de plus d'une infraction devant la même cour pendant la même session, et si

(ii) des périodes d'emprisonnement sont infligées pour les infractions respectives,

la cour qui condamne l'accusé peut ordonner que les périodes d'emprisonnement soient purgées l'une après l'autre.

(C'est moi qui souligne.)

Les prétentions de l'intimée exigent que l'on détermine s'il existe un pouvoir général permettant d'ordonner le cumul des sentences en dépit du par. 649(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, ou si ce pouvoir doit reposer sur un texte législatif fédéral existant; celles de l'appellant exigent que nous déterminions ce qu'il faut entendre par les mots «devant la même cour pendant la même session» employés par le législateur à l'al. 645(4)c) du *Code criminel*.

#### LES FAITS

En trois occasions distinctes, l'appellant a plaidé coupable devant un juge de la Cour des sessions de la paix, siégeant dans le district judiciaire de Montréal, à l'égard de neuf accusations portées en vertu du *Code criminel* et, le 21 juin 1978, il lui fut imposé une série de sentences d'emprisonnement consécutives et concomitantes, soit au total une incarceration de six ans. Pour faciliter la compréhension de ces faits, j'ai identifié au moyen des lettres A, B, C et D les comparutions et numéroté les infractions.

L'appellant a comparu trois fois devant le même juge pour plaider coupable et, finalement, une quatrième fois, pour recevoir la sentence afférente à chacune des infractions.

|  | Sect.         | Sentence |
|--|---------------|----------|
| A—November 3, 1977 (File #6118-76)   | (1)—327(b)    | 2 years  |
| B—November 18, 1977 (File #6502-77)  | (2)—301(1)(c) | 2 years  |
|  | (3)—246(2)(b) | 1 year   |
|  | (4)—23.1      | 1 year   |
| C—March 30, 1978 (File #1714-78)   | (5)—423       | 2 years  |
|  | (6)—338       | 2 years  |
|  | (7)—327       | 2 years  |
|  | (8)—312       | 2 years  |
|  | (9)—301       | 2 years  |
| D—June 21, 1978—sentences are imposed at the same time for all offences the appellant had pleaded guilty to on the three previous appearances. |               |          |

The sentences of Group B were to be served concurrently the total amounting to two years.

The sentences of Group C were to be served concurrently also for a total of two years.

The aggregate two-year imprisonment of Group B was to be served consecutively to the two years of Group A, and the aggregate two years of Group C was made consecutive to the serving of A and B, for a sum total of six years.

#### POSITION TAKEN BY APPELLANT

The appellant says that, in view of s. 645(4)(a) and (c), the court could not make the respective aggregate times of Groups B and C consecutive to Group A because he was not under sentence for Group A when he pleaded guilty to B or C, and that, though before the same court for all groups, he was convicted for each group at different "sittings". The appellant acknowledges that the judge could have ordered consecutive sentences for offences within each group but says that he could not under the circumstances do so from one group to another.

In support of his contention, appellant relies on two cases: *Yeltatzie v. R.* (1979), 12 C.R. (3d) 8 and *Ex Parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211.

Yeltatzie had been convicted by a court on May 12, 1978 of a certain number of offences and then, on May 26, 1978, by the same court for escaping legal custody. The court then sentenced him to imprisonment for all the offences and ordered that

|   | Art.          | Sentence |
|---|---------------|----------|
| A—3 novembre 1977 (Dossier #6118-76)  | (1)—327(b)    | 2 ans    |
| B—18 novembre 1977 (Dossier #6502-77)   | (2)—301(1)(c) | 2 ans    |
|   | (3)—246(2)(b) | 1 an     |
|   | (4)—23.1      | 1 an     |
| C—30 mars 1978 (Dossier #1714-78)   | (5)—423       | 2 ans    |
|   | (6)—338       | 2 ans    |
|   | (7)—327       | 2 ans    |
|   | (8)—312       | 2 ans    |
|   | (9)—301       | 2 ans    |
| D—21 juin 1978—les sentences sont imposées en même temps pour toutes les infractions à l'égard desquelles l'appelant avait plaidé coupable lors des trois comparutions précédentes. |               |          |

Les sentences du groupe B devaient être purgées de manière concomitante et totalisaient ainsi deux ans.

Les sentences du groupe C devaient être purgées de manière concomitante et totalisaient également deux ans.

L'emprisonnement total de deux ans du groupe B devait être purgé consécutivement aux deux ans du groupe A et l'emprisonnement total de deux ans du groupe C devait être purgé consécutivement aux peines des groupes A et B, soit un total de six ans.

#### LES PRETENTIONS DE L'APPELANT

L'appelant soutient que, eu égard aux al. 645(4)a) et c), la cour ne pouvait ordonner le cumul des peines totales des groupes B et C, respectivement, avec celle du groupe A parce qu'il n'était pas sous le coup d'une sentence pour le groupe A lorsqu'il a plaidé coupable à l'égard de B ou de C, et qu'en dépit du fait qu'il s'agissait de la même cour pour tous les groupes, il a été condamné pour chaque groupe lors d'une «session» différente. L'appelant reconnaît que le juge aurait pu lui infliger des peines consécutives pour les infractions d'un même groupe, mais il prétend que le juge ne pouvait, dans les circonstances, agir ainsi d'un groupe d'infractions à l'autre.

A l'appui de ses prétentions, l'appelant invoque deux arrêts: *Yeltatzie v. R.* (1979), 12 C.R. (3d) 8 et *Ex Parte Risby* (1975), 24 C.C.C. (2d) 211.

Le 12 mai 1978, une cour a déclaré Yeltatzie coupable d'un certain nombre d'infractions et, le 26 mai 1978, la même cour l'a déclaré coupable d'évasion d'une garde légale. Elle l'a alors condamné à l'emprisonnement pour toutes les infrac-

the imprisonment for the escape, the "May 26" conviction, be served consecutively to the serving of the imprisonment he imposed for the "May 12" convictions. The British Columbia Court of Appeal held that that could not be done for "It is plain here" said Bull J.A., orally for the Court, "that the other convictions were not at the same sitting of the court, because they were made earlier, although it was the same court. Consequently, it follows that para. (c) is not applicable to this particular situation, because the sentence for the escape was based on a conviction which was not made at the same sitting as the other court".

It was common ground that, though the latter sentence was for an escape, s. 137 of the *Criminal Code*, which deals specifically with consecutive sentences for an escape did not, on the facts of that case, apply.

In *Ex Parte Risby*, McKenzie J., of the Supreme Court of British Columbia, commenting on the powers of a judge under s. 645(4)(c)(ii) of the *Code*, was of the view that he "only has power to impose a consecutive sentence if there is unity of time and place in the making of the convictions and the sentencing". The case was one where a probation order pursuant to a conviction was breached by the subsequent commission of other offences and the judge who had made the order revoked it and imposed a sentence of imprisonment to be served consecutively to that imposed for the offences giving rise to the revocation. It should be noted that, in such a case, special provisions come into play and comments as to the interpretation of s. 645(4) of the *Criminal Code* should be read in the light of that fact. Indeed, the powers of a judge in that situation, though still determined by s. 645(4), are limited by virtue of s. 664(4)(d) to imposing "any sentence that could have been imposed if the passing of sentence had not been suspended". So any reliance on cases where s. 664(4)(d) applies must be put with that in mind.

tions et a ordonné le cumul de l'emprisonnement imposé pour l'évasion, la déclaration de culpabilité du 26 mai, et de l'emprisonnement imposé pour les déclarations de culpabilité du 12 mai. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que cela ne pouvait être fait car [TRADUCTION] «Il est clair ici», a dit le juge Bull rendant oralement le jugement de la Cour, «que les autres déclarations de culpabilité n'ont pas été prononcées pendant la même session de la cour puisqu'elles le furent antérieurement, bien que ce fût par la même cour. En conséquence, l'al. c) ne s'applique pas à cette situation puisque la sentence pour évasion repose sur une déclaration de culpabilité qui n'a pas été prononcée pendant la même session que l'autre cour».

Bien que la dernière sentence ait été imposée pour une évasion, il était admis que l'art. 137 du *Code criminel*, qui prévoit spécifiquement la possibilité d'imposer des sentences consécutives en cas d'évasion, ne s'appliquait pas, compte tenu des faits de l'affaire.

Dans *Ex Parte Risby*, le juge McKenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, commentant les pouvoirs conférés à un juge par le sous-al. 645(4)c)(ii) du *Code*, était d'avis qu'il [TRADUCTION] «a le pouvoir d'infliger une peine consecutive uniquement s'il y a unité de temps et de lieu dans le prononcé des déclarations de culpabilité et des sentences». Cette affaire impliquait la violation d'une ordonnance de probation par la perpétration de nouvelles infractions et le juge qui avait rendu l'ordonnance l'a révoquée et a infligé une sentence d'emprisonnement à être purgée consécutivement à la sentence imposée pour les infractions ayant donné lieu à la révocation. Il faut noter qu'en pareil cas, des dispositions particulières entrent en jeu et il faut en tenir compte lorsqu'on considère la partie des commentaires, tels ceux du juge McKenzie, relatifs à l'interprétation du par. 645(4) du *Code criminel*. En effet, bien que les pouvoirs d'un juge dans cette situation soient toujours déterminés par le par. 645(4), ils se limitent, en raison de l'al. 664(4)d), à imposer «toute sentence qui aurait pu être imposée si le prononcé de la sentence n'avait pas été suspendu». C'est ce qu'il faut garder à l'esprit quand on invoque des affaires dans lesquelles l'al. 664(4)d) s'applique.



This is the extent of appellant's argument.

C'est là l'essentiel de l'argumentation de l'appellant.

#### POSITION TAKEN BY RESPONDENT

Respondent argues essentially that a judge has a general power to impose consecutive sentences and that this power need not be found in the provisions of s. 645(4) or any other provisions. In respondent's view, s. 645(4), as would also be, s. 137 or any other federal legislative enactment dealing with consecutive sentencing, are but specific illustrations of that power and in no way restrictive of it. In support of that position, the Crown relied mainly on two decisions of the Court of Appeal for Nova Scotia, on three others of the Court of Appeal for Quebec, and on one decision by a Superior Court judge of Quebec (*R. v. Reddick* (1974), 9 N.S.R. (2d) 425; *R. v. Muise* (No. 3) (1975), 23 C.C.C. (2d) 440; *Paquette v. La Reine*, C.A. Mtl., No. 10-00003-80, March 12, 1981; *R. v. Corbeil*, C.A. Mtl., No. 10-000163-72, October 17, 1972; *R. v. Snell*, C.A. Mtl., No. 10-000100-73, August 2, 1973; *R. v. Pearson* (1979), 11 C.R. (3d) 313).

In *R. v. Reddick*, Macdonald J.A., in his dissenting reasons, had said, speaking of s. 645(4) (at p. 428): "that this section is the only authority for the imposition of consecutive sentences and it provides the circumstances under which the Court 'may direct that the terms of imprisonment shall be served one after the other'." As the consecutive sentences imposed on the same day were for convictions before the same judge but on different dates he found that contrary to s. 645(4)(c) as they were not convictions "at the same sittings".

Chief Justice MacKeigan, orally, for the majority said (at p. 426):

In respectful disagreement with my brother, Mr. Justice Macdonald, I question whether s. 645(4) of the *Criminal Code* restricts consecutive sentences exclusively to the situations listed in that section. I also doubt if that section in any event restricts an appeal court in varying sentences under s. 614 'with [*sic*] the limits prescribed by law'.

#### LES PRETENTIONS DE L'INTIMEE

L'intimée soutient essentiellement qu'un juge possède un pouvoir général d'imposer des sentences consécutives et qu'il n'est pas nécessaire que ce pouvoir trouve son fondement dans le par. 645(4) ou dans quelque autre disposition. Selon l'intimée, le par. 645(4), de même que, je présume, l'art. 137 ou tout autre texte législatif fédéral traitant du cumul des sentences, n'est qu'une illustration particulière de ce pouvoir et ne le restreint en rien. A l'appui de ces prétentions, le ministère public invoque principalement deux arrêts de la Cour d'appel de la Nouvelle-Ecosse, trois autres de la Cour d'appel du Québec et une décision d'un juge de la Cour supérieure du Québec (*R. v. Reddick* (1974), 9 N.S.R. (2d) 425; *R. v. Muise* (No. 3) (1975), 23 C.C.C. (2d) 440; *Paquette c. La Reine*, C.A. Mtl., n° 10-00003-80, 12 mars 1981; *R. c. Corbeil*, C.A. Mtl., n° 10-000163-72, 17 octobre 1972; *R. c. Snell*, C.A. Mtl., n° 10-000100-73, 2 août 1973; *R. v. Pearson* (1979), 11 C.R. (3d) 313).

Dans *R. v. Reddick*, le juge Macdonald, dans ses motifs de dissidence, a affirmé, à propos du par. 645(4) (à la p. 428): [TRADUCTION] «que cet article est la seule autorité permettant d'imposer un cumul de sentences et il prévoit les cas où la cour «peut ordonner que les périodes d'emprisonnement soient purgées les unes après les autres.» Comme les sentences consécutives imposées le même jour se rapportaient à des déclarations de culpabilité enregistrées devant le même juge mais à des dates différentes, il a conclu que cela était contraire à l'al. 645(4)c), car il ne s'agissait pas de déclarations de culpabilité «pendant la même session».

Par ailleurs le juge en chef MacKeigan, se prononçant oralement pour la majorité, a dit (à la p. 426):

[TRADUCTION] Avec égards pour mon collègue M. le juge Macdonald, avec qui je ne puis être d'accord, je ne suis pas sûr que le par. 645(4) du *Code criminel* restreint le cumul des sentences aux seules situations énumérées à cet article. Je doute également que cette disposition restreigne d'une façon quelconque le pouvoir d'une cour d'appel de modifier les sentences en vertu de l'art. 614 «dans les limites prescrites par la loi».

This might suggest that the majority of the Court was of the view that there might exist a general power. This assumption is confirmed by what that court said a few months later in *R. v. Muise (No. 3)* where MacKeigan C.J.N.S., speaking for the Court (Macdonald J.A., concurring in the result, as he felt he was bound by the majority decision in *Reddick*) said (at pp. 443-44):

... the law, in conferring the power and imposing the duty on a Judge of sentencing a convicted person to a term of imprisonment, should not be construed as forcing the Judge in any case to make a term of imprisonment on a second offence concurrent with the term imposed by him or some other Judge for another offence. A so-called concurrent sentence does not sentence the convicted person to a term of any imprisonment at all since it does not require him to serve a single day of imprisonment; a person cannot serve in jail the same day twice any more than he can be successfully hanged twice. A Judge in imposing a concurrent sentence is therefore not carrying out his duty unless he can find in the *Code* or the general criminal law authority so to do.

I am encouraged to find support for my general view in the general powers of the Courts in 1867, in the light of which s. 645(4) must be considered. In Nova Scotia on the eve of Confederation a Judge in the position of Mr. Justice MacIntosh in the present case would have had undoubted power (and I suggest, also, duty) to impose a consecutive sentence by virtue of s. 47 of the *Administration of Criminal Justice Act*, R.S.N.S., Third Series, c. 171, as follows:

47. Wherever sentence shall be passed for felony on a person already imprisoned under sentence for another crime, it shall be lawful for the court to award imprisonment for the subsequent offence, to commence at the expiration of the imprisonment to which such person shall have been previously sentenced; and where such person shall be already under sentence of imprisonment, the court may award such sentence for the subsequent offence, to commence at the expiration of the imprisonment to which such person shall have been previously sentenced, although the aggregate term of imprisonment may exceed the term for which punishments could be otherwise

Ce passage permet de penser que la majorité de la Cour était d'avis qu'un pouvoir général peut exister. Cette hypothèse est confirmée par ce que cette même cour a affirmé quelques mois plus tard dans *R. v. Muise (No. 3)* lorsque le juge en chef MacKeigan, parlant au nom de la Cour (le juge Macdonald concourant au résultat, s'estimant lié par la décision majoritaire dans *Reddick*), a dit (aux pp. 443 et 444):

[TRADUCTION] ... la loi, en conférant au juge le pouvoir, et en lui imposant le devoir, de condamner à une période d'emprisonnement une personne déclarée coupable, ne doit en aucun cas être interprétée comme l'obligeant à ordonner que la période d'emprisonnement pour la seconde infraction soit concomitante à celle que lui-même ou un autre juge a imposée pour une autre infraction. Une sentence dite concomitante n'impose en fait aucune période d'emprisonnement à la personne trouvée coupable puisque celle-ci n'est pas requise aux termes d'une telle sentence de purger un seul jour d'emprisonnement; une personne ne peut purger, en prison, le même jour deux fois, pas plus qu'elle ne peut être pendue efficacement deux fois. En imposant une sentence concomitante, un juge ne remplit donc pas son devoir à moins qu'il ne puisse trouver dans le *Code* ou dans les principes généraux du droit criminel l'autorité pour ce faire.

Je constate que mon point de vue trouve appui dans les pouvoirs généraux des cours en 1867, à la lumière desquels le par. 645(4) doit être interprété. En Nouvelle-Écosse, à la veille de la Confédération, un juge, dans une situation analogue à celle de M. le juge MacIntosh en l'espèce, aurait indubitablement eu le pouvoir (et je suggère, également, le devoir) d'infliger une sentence consécutive en raison de l'art. 47 de l'*Administration of Criminal Justice Act*, R.S.N.S., Troisième série, chap. 171, qui se lit comme suit:

47. Chaque fois qu'une sentence doit être imposée pour une félonie [*felony*] à une personne déjà emprisonnée par suite d'une sentence pour un autre crime, il sera légal pour la Cour d'imposer un emprisonnement pour l'infraction subséquente ne commençant qu'à l'expiration de la période d'emprisonnement à laquelle cette personne aura été antérieurement condamnée; et lorsque cette personne sera déjà sous le coup d'une sentence d'emprisonnement ou de relégation, la Cour pourra, si elle est investie du pouvoir d'imposer une sentence de relégation, décréter que cette sentence pour l'infraction subséquente ne commence qu'à l'expiration de l'emprisonnement ou de la relégation aux-

awarded.

This section, enacted many years earlier, and having a counterpart in at least the Province of Upper Canada, was almost word for word s. 10 of the English *Criminal Law Act*, 1827 (U.K.), c. 28.

The general power thus conferred (and it may be argued that the 1827 statute merely codified the English law) has not been removed or restricted by the federal Parliament. On the contrary, a confirmatory provision to the same effect was enacted by the federal Parliament in 1869 by s. 92 of 32-33 Vic., c. 29, and was continued without change in the various *Criminal Codes* from 1892 until the revision and consolidation of the *Criminal Code* made by 1953-54 (Can.), c. 51, which by s. 621 enacted what is now s. 645(4). (I cannot help but suspect that the parliamentary draftsman, in seeking consistency of wording in the various paras. of s. 645(4), overlooked the fact that a person is often not sentenced on the same day as he is convicted and that another conviction may, as here, intervene.)

The position taken by the Court in the *Paquette* case is said by respondent to be that adopted in *Muise*. In that case, Owen J.A., speaking for the Court of Appeal for Quebec, after listing a number of cases submitted by the Crown in support of the proposition advanced here by respondent, including *Muise* and *Reddick*, did say that the judge had the power to impose a consecutive sentence. However, as this was a case where a probation order had been revoked, the main thrust of his remarks was in support of the desirability of giving a judge on such a revocation the power of sentencing a person on the basis of the situation as it had developed since the probation order was made and not limiting him to the circumstances at the time at which the order was made. The *Corbeil* and *Snell* cases offer even less help than *Paquette*; they are cases where the courts in fact did impose consecutive sentences while the facts in those cases did not put the case within the parameters of s. 645(4); as for *Pearson* support for the existence of a general power was only *obiter*. Respondent would have us infer from this a recognition on

quels cette personne aura pu être antérieurement condamnée, même si la période totale d'emprisonnement ou de relégation respectivement peut excéder la période pour laquelle l'une ou l'autre de ces peines pourrait autrement être imposée.

*a* Cet article, adopté plusieurs années auparavant et ayant sa contrepartie du moins dans la province du Haut-Canada, reproduisait presque textuellement l'art. 10 de la *Criminal Law Act* d'Angleterre, 1827 (U.K.), chap. 28.

*b* Le pouvoir général ainsi conféré (et on peut soutenir que la loi de 1827 ne faisait que codifier le droit anglais) n'a pas été retiré ou restreint par le législateur fédéral. Au contraire, une disposition au même effet a été adoptée par le législateur en 1869, l'art. 92 de 32-33 Vic., chap. 29, et a été maintenue sans changement dans les différents *Codes criminels* de 1892 jusqu'à la révision et la refonte du *Code criminel* faites par le chap. 51 des statuts (Can.) de 1953-54, qui, par l'art. 621, adoptait ce qui est maintenant le par. 645(4). (Je ne peux m'empêcher de soupçonner que les rédacteurs, en recherchant une formulation uniforme des différents alinéas du par. 645(4), ont négligé le fait que souvent une personne n'est pas condamnée à une peine le jour même de sa déclaration de culpabilité et qu'une autre déclaration de culpabilité peut, comme ici, survenir entre temps.)

*c* L'intimée prétend que la position prise par la Cour dans l'affaire *Paquette* est celle adoptée dans l'affaire *Muise*. Dans cette affaire, après avoir énuméré une série de décisions soumise par le ministère public à l'appui de la proposition que nous avance l'intimée dans la présente cause, dont, notamment, les décisions dans les affaires *Muise* et *Reddick*, le juge Owen, prononçant le jugement de la Cour d'appel du Québec, a affirmé que le juge avait le pouvoir d'imposer une sentence consécutive. Cependant, comme il s'agissait de la révocation d'une ordonnance de probation, l'objet principal de ses remarques avait trait à l'opportunité de donner au juge, dans un tel cas, le pouvoir d'imposer une sentence en tenant compte de l'évolution de la situation depuis le prononcé de l'ordonnance de probation plutôt que d'obliger le juge à ne tenir compte que des circonstances qui existaient au moment du prononcé de l'ordonnance. Les affaires *Corbeil* et *Snell* sont encore moins utiles que l'affaire *Paquette*; il s'agit d'affaires dans lesquelles les cours ont, de fait, imposé des sentences consécutives alors que les faits en cause ne rendaient pas

their part of a general power to impose consecutive sentences.

#### SAME COURT—SAME SITTINGS

Neither side could offer much help in determining what is meant by the words convictions “before the same court at the same sittings” resorted to by Parliament in s. 645(4)(c). As I said, the Crown did not really attempt to and preferred resting its case on the existence of a general power to impose consecutive sentences, while the appellant argued that, whatever those words meant, they could not mean convictions on different dates, even though by the same judge. That is also the extent to which the meaning was defined in *Yeltatzie*. Support for appellant’s proposition can also be found in *Ex Parte Risby* since McKenzie J. went even further by requiring “unity of time and place in the making of the convictions and the sentencing”.

In the case of *Primeau v. The Queen* (1962), 42 C.R. 228, the Court of Appeal for Quebec denied a judge the right to impose a consecutive sentence to that which had already been imposed as Primeau had not been, said Taschereau J.A. for the Court, “found guilty of a crime by the same Court during the same session.” (Emphasis added.) One might be tempted to find there some indication as to the meaning of the word “sittings”. However, that decision was written in French and Taschereau J.A. merely made his own the wording of s. 621(4)(c) of the *Code* (now s. 645(4)(c)) where “same sittings” is put in French by resorting to the words “*pendant la même session*”. The translation of the judgment rendered “*pendant la même session*” (the French version in the *Code* of “at the same sittings”) by “during the same session”, instead of “the same sittings” the words used in the English version. That decision is therefore of little help in our query, all the more so since it appears from the facts as stated in the decision that Primeau had been convicted by different

le par. 645(4) applicable; quant à l'affaire *Pearson*, ce n'est qu'en *obiter* qu'elle appuie l'existence d'un pouvoir général. L'intimée nous invite à inférer de ces trois décisions une reconnaissance par ces cours d'un pouvoir général d'imposer des sentences consécutives.

#### MEME COUR—MEME SESSION

Aucune des parties n'a pu nous éclairer sur le sens à donner aux mots déclaration de culpabilité «devant la même cour pendant la même session» employés par le législateur à l'al. 645(4)c). Comme je le disais, le ministère public n'a pas tenté de le déterminer, préférant fonder son argumentation sur l'existence d'un pouvoir général d'imposer des sentences consécutives, tandis que l'appellant a plaidé que, quel que soit le sens de ces mots, ils ne pouvaient s'entendre de déclarations de culpabilité prononcées à des dates différentes quoique par le même juge. C'est également la portée donnée à ces mots dans l'arrêt *Yeltatzie*. La prétention de l'appellant peut aussi trouver appui dans *Ex Parte Risby* puisque le juge McKenzie est allé encore plus loin en exigeant une [TRADUCTION] «unité de temps et de lieu dans le prononcé des déclarations de culpabilité et des sentences».

Dans l'affaire *Primeau c. La Reine* (1962), 42 C.R. 228, la Cour d'appel du Québec a refusé au juge le droit d'imposer une sentence consécutive à celle qui avait été imposée au motif que Primeau n'avait pas été, comme l'a dit le juge Taschereau au nom de la Cour, «trouvé coupable d'un crime par la même cour pendant la même session.» (C'est moi qui souligne.) On peut être tenté d'y trouver une indication du sens du mot «*sittings*» utilisé dans la version anglaise de l'al. 621(4)c). Cependant, cette décision a été rédigée en français et le juge Taschereau a simplement fait sien le vocabulaire de l'al. 621(4)c) du *Code* (maintenant l'al. 645(4)c) ) où «*same sittings*» est traduit en français par les mots «*pendant la même session*». La traduction du jugement a rendu «*pendant la même session*» (la version française du *Code* pour «*at the same sittings*») par «*during the same session*» plutôt que «*the same sittings*» qui sont les mots utilisés dans la version anglaise. Cette décision est donc de peu d'utilité pour résoudre notre problème, d'autant plus qu'il appert des faits énoncés

judges of different courts. Therefore, not only does *Primeau* not help in determining what is meant by "same sittings", neither is it, in my view, authority to support the proposition that a conviction on different days is not "at the same sittings", for the conclusion of the court in that case could well have been arrived at because of the convictions having been made by different judges or even courts.

There are cases dealing with the meaning of "sittings of a court" but in a context quite different from the one here under consideration. They concern mainly the computation of time to do certain things that the law requires be done with reference to a sitting or sittings (See: *R. v. Caswell* (1873), 33 U.C.Q.B. 303; *R. v. Bombardier* (1905), 11 C.C.C. 216; *R. v. Johnston* (1908), 13 C.C.C. 179; *R. v. Korman* (1923), 49 C.C.C. 405; *R. v. The Justices of Sussex* (1864), 4 B. & S. 966). Some Law Dictionaries equate the sitting or sittings of a court with a session or term of that court. *Ballentine's Law Dictionary*, 3rd ed., 1969, at p. 1185 says:

**sitting of court.** A session of court. A term of court.

'The district judges in their sittings in the several counties, for the trial of issues of fact, attended as they were by clerks, sheriffs, juries, and all the paraphernalia of courts of record, were holding district courts, and the duration of each of those sittings was a term of court.' See *Gird v State*, 1 Or 308, 311.

*Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed., vol. 2, London, Sweet & Maxwell Limited, 1977, at pp. 1664-65:

**Sittings.** The sittings of the Supreme Court are four in number: the Hilary Sittings, commencing on January 11, and ending on the Wednesday before Easter Sunday; the Easter Sittings, commencing on the second Tuesday after Easter Sunday and ending on the Friday before Whit Sunday; the Trinity Sittings commencing on the second Tuesday after Whit Sunday and ending on July 31, and the Michaelmas Sittings commencing on Octo-

dans la décision que *Primeau* avait été déclaré coupable par différents juges de différentes cours. En conséquence, non seulement l'affaire *Primeau* n'est pas utile pour déterminer le sens de «même session», mais elle ne vient pas non plus, à mon avis, donner du poids à la prétention que des déclarations de culpabilité prononcées des jours différents ne le sont pas «pendant la même session», puisque la cour a tout aussi bien pu en arriver à sa conclusion en se fondant sur le fait que les déclarations de culpabilité avaient été prononcées par différents juges ou même par différentes cours.

Il existe des affaires traitant du sens de «session de la cour» mais dans un contexte bien différent de celui à l'étude ici. Elles ont trait principalement à la computation du délai pour faire certaines choses qui, selon la loi, doivent s'effectuer en fonction d'une session (Voir: *R. v. Caswell* (1873), 33 U.C.Q.B. 303; *R. v. Bombardier* (1905), 11 C.C.C. 216; *R. v. Johnston* (1908), 13 C.C.C. 179; *R. v. Korman* (1923), 49 C.C.C. 405; *R. v. The Justices of Sussex* (1864), 4 B. & S. 966). Certains dictionnaires juridiques donnent comme synonymes la session d'une cour ou un terme de cette dernière. Dans *Ballentine's Law Dictionary*, 3<sup>e</sup> éd., 1969, à la p. 1185, on peut lire:

[TRADUCTION] **sitting de la cour.** Une session de la cour. Un terme de la cour.

«Les juges de district, accompagnés comme ils l'étaient par des greffiers, shérifs, jurés et toute la panoplie des cours d'archives, au cours de leurs sessions dans les différents comtés, pour la détermination des questions de fait, présidaient des cours de district, et la durée de chacune de ces sessions était un terme de la cour.» Voir *Gird v State*, 1 Or 308, 311.

Dans *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Londres, Sweet & Maxwell Limited, 1977, aux pp. 1664 et 1665:

[TRADUCTION] **Sessions.** Il y a quatre sessions de la Cour suprême: la session de la Saint-Hilaire qui commence le 11 janvier et se termine le mercredi précédant le dimanche de Pâques; la session de Pâques qui commence le second mardi après le dimanche de Pâques et se termine le vendredi précédant le dimanche de la Pentecôte; la session de la Trinité qui commence le second mardi après le dimanche de la Pentecôte et se

ber 1, and ending on December 21 (R.S.C., Ord. 64, r. 1; Long Vacation Order, dated February 3, 1950).

Formerly the sittings of the Courts of Chancery and common law were regulated by the terms (*q.v.*), and hence were distinguished as sittings in and sittings after term. Terms were abolished and sittings substituted for them by the Judicature Act, 1873, s. 26.

The sittings of the officers of the Supreme Court extend over the whole year (R.S.C., Ord. 64, r. 7), with the exception of Saturdays and Sundays, Good Friday, the Tuesday after Easter Sunday, Christmas Day, bank holidays and such other days as the Lord Chancellor may direct (R.S.C., Ord. 64, r. 7). As to the hours during which the offices of the Supreme Court are open, see the Supreme Court Offices (Hours of Business) Order, 1963.

Sittings of the High Court may be held, and any other business of the High Court may be conducted at any place in England or Wales. The places at which the High Court sits outside the Royal Courts of Justice and the days and times when the High Court sits outside the Royal Courts of Justice are determined by directions given by the Lord Chancellor (Courts Act, 1971, s. 2).

Sittings at the Royal Courts of Justice include sittings in chambers as well as in court (*Petty v. Daniel* (1886) 34 Ch. D. 172).

**Sittings in banc**, sittings of the judges on the benches of their respective courts at Westminster, at which they decided matters of law and transacted other judicial business, as distinguished from *nisi prius* sittings, at which matters of fact were tried. See Divisional Courts.

See also *Black's Law Dictionary*, 5th ed., St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1979, at p. 1244.

The word sitting or sittings takes on slightly different meanings dependent upon the context in which it is used. Its meaning is also somewhat different when relating to courts in general than when relating to superior courts of first instance or of appellate jurisdiction; again, "next sittings" of a court has been said to refer to the opening day of a sittings (*R. v. Tronson*, [1932] 1 W.W.R. 537), to a sitting actually held and not to a sitting appointed to be held but adjourned, (*McLeod v. Waterman* (1903), 9 B.C.R. 370), to the nearest sittings

termine le 31 juillet, et la session de la Saint-Michel qui commence le 1<sup>er</sup> octobre et se termine le 21 décembre (R.S.C., Ord. 64, r. 1; Long Vacation Order, datée du 3 février 1950).

<sup>a</sup> Anciennement les sessions des cours de Chancellerie et de *common law* étaient régies par des termes (*q.v.*); on faisait donc la distinction entre sessions pendant le terme et sessions après le terme. Les termes ont été abolis et les sessions ont été substituées à ceux-ci par <sup>b</sup> l'art. 26 de la Judicature Act de 1873.

Les sessions des officiers de la Cour suprême s'étendent sur toute l'année (R.S.C., Ord. 64, r. 7), à l'exception des samedis et dimanches, du Vendredi saint, du mardi après le dimanche de Pâques, du jour de Noël, des <sup>c</sup> jours fériés et de tous autres jours que le lord chancelier peut indiquer (R.S.C., Ord. 64, r. 7). Quant aux heures d'ouverture des bureaux de la Cour suprême, voir la Supreme Court Offices (Hours of Business) Order, 1963.

<sup>d</sup> La Haute Cour peut tenir ses sessions et traiter de toute autre affaire de son ressort partout en Angleterre ou au Pays de Galles. Le lieu de même que les jours et heures où la Haute Cour siège en dehors des Royal Courts of Justice est déterminé par les directives du lord chancelier (Courts Act, 1971, art. 2).

Les sessions dans les Royal Courts of Justice incluent les sessions en chambre aussi bien que les sessions en cour (*Petty v. Daniel* (1886) 34 Ch. D. 172).

<sup>f</sup> Les sessions en banc, les sessions de juges siégeant dans leurs cours respectives à Westminster, au cours desquelles ils décidaient de questions de droit et transigeaient d'autres affaires judiciaires, par opposition aux sessions *nisi prius*, durant lesquelles des questions de fait étaient décidées. Voir Cours divisionnaires.

Voir aussi le *Black's Law Dictionary*, 5<sup>e</sup> éd., St-Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1979, à la p. 1244.

<sup>h</sup> L'expression session prend un sens légèrement différent selon le contexte où on l'utilise. Son sens varie également quelque peu selon qu'il se rapporte aux cours en général plutôt qu'aux cours supérieures de première instance ou de juridiction d'appel; de plus, on a dit que la «prochaine session» d'une cour se rapportait à la date d'ouverture d'une session (*R. v. Tronson*, [1932] 1 W.W.R. 537), à une session effectivement tenue et non à une session qui devait avoir lieu mais qui a été ajournée (*McLeod v. Waterman* (1903), 9 B.C.R. 370), à la

and not just a subsequent sittings (*Hogaboom v. Lunt* (1892), 14 P.R. 480). Generally speaking a sitting of a court is said to refer to a time during which judicial business is transacted before that court; in that sense, it could mean a day, a succession of uninterrupted days or again different days within a given time span for transacting that court's business.

The word "court" when used in Part XX of the *Code*, where s. 645 is found, bears a particular meaning. Section 644 reads as follows:

**644.** In this Part, except as provided in section 667, "court" means a court, judge, justice or magistrate and includes a person who is authorized to exercise the powers of a court, judge, justice or magistrate to impose punishment.

Now when we couple the expression "the same court" with the words "same sittings" the possible meanings that can, at first glance, be given to "same sittings" are narrowed down from the meaning of "term" or "session". Indeed, most criminal cases are now dealt with by provincial or county court judges sitting without a jury who sit continuously and do not operate within terms or sittings as still do some assize courts, though many of the latter are in effect sitting continuously. This should naturally lead to the conclusion that what those words are intended to mean is something other than convictions by the same judge during the same term or session. The natural, and, I must agree, tempting conclusion, when one adopts this literal approach to the matter with the context rule in aid, is to say that "convicted by the same court at the same sittings" means convicted by the same judge at the same time. But this still leaves us with many unanswered and very serious questions. Must the court have proceeded with the offences at the same time? Is it material that the offences be counts of a charge or same indictment or can they be in different charges or in different indictments proceeded with jointly? What if the court proceeds with the first count or charge, makes a finding of guilt, and then the evidence is read into the subsequent counts or charges? What happens

session la plus rapprochée et non pas simplement à une session ultérieure (*Hogaboom v. Lunt* (1892), 14 P.R. 480). D'une manière générale, on dit qu'une session d'une cour s'entend de la période au cours de laquelle les affaires judiciaires y sont expédiées; selon cette acception, cela peut signifier une journée, une suite ininterrompue de jours ou encore différents jours compris dans une période donnée consacrée à expédier les affaires de cette cour.

Le mot «cour» lorsqu'il est employé à la Partie XX du *Code*, là où l'art. 645 se trouve, a une signification particulière. L'article 644 se lit comme suit:

**644.** Dans la présente Partie, sauf ce que prévoit l'article 667, l'expression «cour» signifie une cour, un juge, un juge de paix ou un magistrat et comprend une personne autorisée à exercer le pouvoir conféré à une cour, un juge, un juge de paix ou un magistrat, d'infliger des peines.

Lorsque nous associons l'expression «la même cour» avec les mots «même session», les significations que l'on peut, à première vue, attribuer à «même session» se réduisent et ne comprennent plus celle de «terme». En effet, la majorité des affaires criminelles sont maintenant jugées par des juges de la cour provinciale ou de la cour de comté, qui siègent sans jury. Ces cours siègent sans interruption et sans être soumises à un système de termes ou sessions comme il y en a toujours pour certaines cours d'assises, bien que beaucoup de ces dernières siègent de fait sans interruption. Il en découle naturellement que ces mots devraient signifier autre chose que déclarations de culpabilité par le même juge pendant le même terme ou la même session. La conclusion naturelle, et je dois le reconnaître, tentante, lorsque l'on aborde la question de cette façon littérale tout en s'appuyant sur la règle du contexte, est de dire que «déclaré coupable par la même cour pendant la même session» signifie déclaré coupable par le même juge au même moment. Mais cela nous laisse de très sérieuses questions sans réponses. La cour doit-elle avoir procédé simultanément à l'égard des infractions? Importe-t-il que les infractions soient contenues dans différents chefs d'un même acte d'accusation, ou peuvent-elles aussi bien se trouver dans différents actes d'accusation instruits au même

if having proceeded on all counts at the same time, the judge convicts the accused for the various offences on different dates? There are many more such possible combinations demonstrating that there are still then many meanings that can be given to those words. Saying that they cannot mean a session and that they simply mean on the same day far from ends the matter.

The ordinary rules of interpretation would have us then look to discover Parliament's purpose and give those words whatever meaning within reasonable limits that would best serve the object Parliament set out to attain. But when dealing with a penal statute the rule is that, if in construing a statute there appears any reasonable ambiguity, it be resolved by giving the statute the meaning most favourable to the persons liable to penalty.

This should at first glance lead to the conclusion that the meaning most favourable to persons subject to sentences will be that which will have the effect of restricting the judge's powers to impose consecutive sentences; in the light of this conclusion the words of the section "convicted . . . before the same court at the same sittings" should then be given the meaning "convicted on the same day, for offences proceeded on at the same time by the same judge or judge and jury". But I am far from sure that giving those words the meaning that restricts the power to impose consecutive sentences will as a matter of practice result in a meaning that will have the section operate favourably to accused persons.

Indeed, if a judge, when imposing sentences of imprisonment for many offences, is of the view that a person should in the interest of society be incarcerated for a given period of time, he will within the limits permitted by the law arrange the sentences to achieve what he considers that just and fair result. This he will do through consecutive sentencing if permitted by the law. If consecutive sentencing is not available, for what he justifiably

moment? Qu'en est-il si la cour instruit le premier chef ou la première accusation, rend un verdict de culpabilité et qu'ensuite la preuve est versée au dossier quant aux autres chefs ou accusations? Ou encore, qu'advient-il si, après avoir instruit tous les chefs en même temps, le juge déclare l'accusé coupable des diverses infractions à des dates différentes? Bien d'autres combinaisons semblables sont possibles, ce qui démontre que bien des significations peuvent encore être attribuées à ces mots. Affirmer que cela ne peut signifier une session et que cela signifie le même jour est loin de mettre fin au débat.

Les règles habituelles d'interprétation nous amèneraient à rechercher l'intention du législateur et à donner à ces mots le sens qui, dans des limites raisonnables, serait le plus compatible avec l'objectif qu'il vise. Mais, lorsque l'on interprète une loi pénale, la règle est que si l'analyse révèle une véritable ambiguïté, celle-ci doit être résolue en donnant à la loi le sens le plus favorable aux personnes susceptibles d'encourir une peine.

Cela devrait, à première vue, nous amener à conclure que le sens le plus favorable aux personnes susceptibles d'encourir une peine sera celui qui aura pour effet de restreindre les pouvoirs du juge d'imposer des sentences consécutives; à la lumière de cette conclusion, les mots de l'article "déclaré coupable . . . devant la même cour pendant la même session" devraient recevoir le sens de "déclaré coupable le même jour, pour des infractions jugées au même moment par le même juge ou juge et jury". Mais je suis loin d'être sûr que donner à ces mots le sens qui restreint le pouvoir d'imposer des sentences consécutives aura pour effet, en pratique, de leur conférer un sens qui rende de façon générale l'application de cet article plus favorable aux accusés.

En effet, si le juge qui impose des peines d'emprisonnement pour plusieurs infractions est d'avis que la personne doit, dans l'intérêt de la société, être incarcérée pour une période donnée, il verra, à l'intérieur des limites permises par la loi, à aménager les sentences de façon à atteindre ce qu'il considère comme un résultat juste et équitable. Il le fera par le biais du cumul des sentences si la loi le lui permet. S'il ne peut le faire en raison de ce



might consider shortcomings of the law for technical reasons, he will achieve the imposition of that no less just and desirable period of incarceration through other means, all equally legal. Considering the high level at which sentences are set out in the *Code* all he then need do is to impose for the latter conviction a sentence, the length of which will correspond to the time he thinks the accused should serve for his offences. Not being able to fulfil what he rightly considers to be his duty through the imposition of consecutive sentences for reasons he considers purely technical (and justifiably so in my view) he will do so in that way. At the same time, however, the judge will be imposing for the latter offence, in order to achieve the desirable and just aggregate result, a sentence the severity of which is, even in his own view, much more than that required for that offence when considering that offence in isolation. This is undesirable as each offence should at the outset be punished individually and in proportion to its seriousness. If each offence is deserving of its own period of imprisonment, the proper method for achieving this when sentencing the accused is not by sentencing one of the offences out of proportion to its gravity but through the imposition of consecutive sentences.

Undesirable as a method, there is also danger in proceeding by higher concurrent sentences for, if the conviction for the first offence is subsequently quashed on appeal, the accused will still in effect serve a sentence for that offence by serving the longer latter concurrent sentence. These two reasons might, to some, seem far fetched. But it was precisely for these concerns and upon those rationales that their Lordships in the House of Lords in 1770 in the *Wilkes* case (19 How. St. Tr. 1075; 4 Burr. 2527; 98 E.R. 327) rested and developed the very power for judges to impose imprisonment to be served consecutively. Construing the section in favour of accused does not of necessity support restricting the discretion given judges to resort to consecutive sentencing; it is not paradoxical to say that accused persons in general might well be more favourably treated by giving

qu'il pourrait, à juste titre, considérer comme une lacune de la loi due à des raisons purement techniques, il imposera cette non moins juste et souhaitable période d'incarcération par d'autres moyens tout aussi légaux. Compte tenu de la grande sévérité des sentences inscrites au *Code*, tout ce qu'il a alors à faire est d'imposer, relativement à la dernière déclaration de culpabilité, une sentence dont la durée correspondra au temps que l'accusé devrait, à son avis, purger pour ses infractions. Ne pouvant remplir ce qu'il considère à juste titre comme son devoir en imposant des sentences consécutives, pour des raisons qu'il considère comme purement techniques (et avec raison selon moi), c'est ainsi qu'il va procéder. Ce faisant, toutefois, le juge se trouvera à imposer pour la dernière infraction, en vue d'atteindre le résultat global juste et souhaitable, une sentence beaucoup plus sévère, même à ses yeux, que ce que mérite l'infraction prise isolément. Cela n'est pas souhaitable car chaque infraction devrait au départ être sanctionnée d'une manière individuelle et en fonction de sa gravité. Si chaque infraction commande sa propre période d'incarcération, la méthode appropriée pour atteindre ce résultat lorsqu'on impose en même temps les peines à un accusé n'est pas de sanctionner une des infractions d'une manière disproportionnée à sa gravité, mais plutôt d'imposer des sentences consécutives.

En plus d'être une méthode non souhaitable, imposer des sentences concomitantes plus fortes comporte un danger, car si la déclaration de culpabilité pour la première infraction est cassée en appel, l'accusé devra tout de même, en pratique, purger une sentence pour cette infraction en purgeant la sentence concomitante plus longue imposée pour la dernière infraction. Pour certains, ces raisons sembleront tirées par les cheveux. Mais c'est précisément eu égard à ces préoccupations et en raisonnant ainsi que les lords, à la Chambre des lords en 1770 dans l'affaire *Wilkes* (19 How. St. Tr. 1075; 4 Burr. 2527; 98 E.R. 327), ont élaboré ce pouvoir des juges d'imposer un cumul des peines d'emprisonnement. Interpréter l'article d'une manière favorable à l'accusé n'implique pas nécessairement qu'il faille restreindre le pouvoir discrétionnaire des juges d'imposer des sentences con-

the words of the section a meaning that favours the exercise of the power.

Now, when looking at s. 645(4) one can easily see, at least in s. 645(4)(a), that Parliament did curtail the power. This raises the following question: was the power curtailed for policy considerations that supersede those that command that judges have the power, or is the curtailment of the general power in fact for the furtherance of those latter considerations?

All of the foregoing is simply to say that before applying mechanically and somewhat blindly any rule of construction to the words of the section it is imperative that we closely scrutinize the origin of the rule, its evolution over the years, the evolution of the context in which it had been originally developed, and hopefully discover the reasons why it is today with us in its present formulation.

#### THE HISTORY OF SECTION 645(4)

Section 645(4) has, like s. 649(1), been with us since the *Code's* very beginning in 1892 and has undergone little change. In fact, the words "the same court at the same sittings" were first used in this country in a statute which predates Codification, *An Act respecting Punishments, Pardons and the Commutation of Sentences*, R.S.C. 1886, c. 181, s. 27. That expression, in fact a whole portion of s. 27, was simply taken from the *English Draft Code* of 1879, at s. 17. Commenting in a marginal note their proposed section, the English Commissioners said they were merely codifying "the common law as to misdemeanours and the statute law as to felonies".

The first statute dealing with cumulative imprisonment was 1827 (U.K.), 7 & 8 Geo. IV, c. 28. The last pronouncements of the House of Lords, on cumulative imprisonment before the enactment of that statute were in 1770 in the *Wilkes* case. Though it is an old decision I think that it should

sécutives; il n'est pas paradoxal d'affirmer que donner au texte de l'article un sens qui privilégie l'exercice du pouvoir pourrait être, de façon générale, à l'avantage des accusés.

<sup>a</sup> Toutefois, lorsqu'on analyse le par. 645(4), on constate aisément, au moins à l'al. 645(4)a), que le législateur a restreint le pouvoir; d'où la question suivante: le pouvoir a-t-il été restreint pour des considérations de principe qui supplantent celles qui commandent d'accorder le pouvoir aux juges, ou est-ce que la diminution du pouvoir général s'inscrit en fait dans la poursuite de ces dernières considérations?

<sup>c</sup> Tout ce qui précède revient simplement à dire qu'avant d'appliquer, mécaniquement et un peu aveuglément, une règle d'interprétation au texte de l'article, il est impératif que nous examinions minutieusement l'origine de la règle, son évolution au cours des années, l'évolution du contexte dans lequel elle s'est d'abord développée, dans l'espoir de découvrir pourquoi elle existe maintenant dans sa formulation actuelle.

#### L'HISTORIQUE DU PARAGRAPHE 645(4)

Le paragraphe 645(4), au même titre que le par. 649(1), fait partie de notre droit depuis l'adoption du *Code* en 1892 et n'a connu que peu de modifications. En fait, les mots «une même cour à la même session» ont été utilisés pour la première fois dans ce pays dans une loi antérieure à la codification, l'*Acte concernant les peines, pardons et commutations de sentences*, S.R.C. 1886, chap. 181, art. 27. Cette expression, et en fait la majeure partie de l'art. 27, a tout bonnement été empruntée à l'art. 17 du *English Draft Code* de 1879. Commentant dans une note marginale leur projet d'article, les commissaires anglais ont affirmé avoir simplement codifié «la *common law* quant aux délits (*misdemeanours*) et les lois quant aux félonies (*felonies*)».

La première loi traitant du cumul des peines d'emprisonnement est 1827 (R.-U.), 7 & 8 Geo. IV, chap. 28. Les dernières déclarations de la Chambre des lords sur le cumul des peines d'emprisonnement antérieurement à cette loi datent de 1770 dans l'affaire *Wilkes*. Bien qu'il s'agisse

be closely analysed as it will, in my view, be very revealing as to the purpose of the rules we find in ss. 645(4) and 649(1) of today's *Criminal Code*, and help in giving those words a meaning in harmony with that purpose. I should also, for convenience, as it is an old decision and therefore not easily available, quote from the reports rather more extensively than is usual.

### THE WILKES CASE

John Wilkes was tried at the one and same time on two informations for libel. Verdicts were found against him upon each information. Those verdicts were upheld subsequent to proceedings on writs of error, and sentence was at a later date passed by the Court of Queen's Bench. Wilkes was brought to Court and sentenced to ten months and to a fine on the first information known as "The North Briton, N° 45" libel, and then on the same day to a further consecutive twelve months in the following terms (at pp. 1125-26):

The defendant being brought here into court, in custody of the Marshal of the Marshalsea of this Court, by virtue of a rule of this Court; and being convicted of certain trespasses contempts and grand misdemeanours, in printing and publishing an obscene and impious libel, intituled 'An Essay on Woman,' and other impious libels in the information in that behalf specified, whereof he is impeached; and having also been convicted of certain other trespasses contempts and misdemeanours, for printing and publishing a certain other libel, intituled 'The North Briton, N° 45,' for which he hath this day been sentenced, and ordered by this Court to pay a fine of five hundred pounds, and to be imprisoned in the custody of the said marshal for the space of ten calendar months; it is now ordered by this Court, that the said defendant, for his trespasses contempts and misdemeanours first abovementioned, in printing and publishing the said obscene and impious libels, do pay a further fine to our sovereign lord the king, of five hundred pounds of lawful money of Great Britain; and that the said defendant be further imprisoned in the custody of the said marshal, for the space of twelve calendar months, to be computed from and after the determination of his aforesaid imprisonment for printing and publishing the said other libel intituled 'The North

d'une décision ancienne, je crois qu'elle doit être analysée minutieusement car elle s'avérera, à mon avis, très révélatrice du but recherché par les règles que nous trouvons aux par. 645(4) et 649(1) du *Code criminel* actuel, et permettra de donner à ces mots un sens en harmonie avec ce but. Comme il s'agit d'une décision ancienne et, partant, difficilement accessible, j'en citerai, pour des raisons de commodité, des extraits d'une façon plus extensive qu'à l'accoutumée.

### L'AFFAIRE WILKES

John Wilkes a été jugé à un seul et même moment relativement à deux dénonciations pour libelle. Il fut déclaré coupable quant à chaque dénonciation. Ces verdicts furent confirmés après des procédures de brefs d'erreur et une sentence fut, à une date ultérieure, imposée par la Cour du Banc de la Reine. Wilkes fut amené devant la Cour et condamné à dix mois et à une amende quant à la première dénonciation connue sous le nom de libelle «The North Briton, N° 45», et ensuite, le même jour, à un autre douze mois consécutifs, dans les termes suivants (aux pp. 1125 et 1126):

[TRADUCTION] Le défendeur étant amené devant la Cour, sous la garde du Maréchal de la maréchaussée de cette cour, en raison d'une décision de cette cour; et étant déclaré coupable de certains outrages, troubles de jouissance et graves délits [misdemeanours] pour avoir imprimé et publié un libelle obscène et impie, portant le titre «An Essay on Woman», et d'autres libelles impies précisés dans la dénonciation, dont il est accusé; et ayant également été déclaré coupable de certains autres outrages, troubles de jouissance et délits [misdemeanours], pour avoir imprimé et publié un certain autre libelle portant le titre «The North Briton, N° 45», pour lequel une sentence lui a été imposée aujourd'hui, cette cour ayant ordonné qu'il paie une amende au montant de cinq cents livres, et qu'il purge une peine d'emprisonnement de dix mois civils sous la garde dudit maréchal; en ce qui a trait aux outrages, aux troubles de jouissance et aux délits [misdemeanours] mentionnés en premier lieu ci-dessus, commis en imprimant et publiant ledits libelles obscènes et impies, la Cour ordonne maintenant que ledit défendeur paie à notre souverain lord le roi une amende supplémentaire de cinq cents livres en monnaie ayant cours légal en Grande-Bretagne; et qu'il soit de plus emprisonné sous la garde dudit maréchal, pour une période de douze mois civils devant être comptée à

Briton, N° 45'.

(My emphasis.)

On a writ of error returnable in Parliament, the House of Lords addressed (there were other issues, but they are of no relevance to this appeal) the following question (at p. 1127):

Whether a judgment of imprisonment against a defendant, to commence from and after the determination of an imprisonment to which he was before sentenced for another offence, is good in law?

The unanimous decision of the House was delivered by the Lord Chief Justice of the Court of Common Pleas, Sir John Eardley Wilmot. His comments should be reproduced here extensively as they are very revealing as regards the thinking of the very judges who developed the rules governing the imposition and serving of multiple sentences of imprisonment (at p. 1133):

In treasons and felonies—a certain known judgment, which cannot be departed from, viz. in the present tense of the subjunctive passive: but in misdemeanors, where punishment is discretionary, the limitation, as to time, seems only to be, that the punishment shall take place before a total dismissal of the party: a punishment shall not hang over a man's head when he has been once discharged; that is properly a punishment 'in futuro'. But whilst he remains under a state of punishment, whilst he is suffering one part of his punishment, he is very properly the object of a different kind of punishment to take place during the continuance of the former, or immediately after the end of it. And every case of this kind must depend upon the peculiar circumstances which attend it.

In this case, it must be assumed, that fine and imprisonment were the proper kind of punishment to be inflicted for these offences; . . .

The punishment might have been inflicted different ways.

1st, By imprisonment for twelve months; but as he was already sentenced to ten months, it would have been only an imprisonment for two.

2d, By imprisonment for twenty-two months; which would, in effect, have been for twelve.

partir de l'expiration de son emprisonnement susmentionné, pour avoir imprimé et publié l'autre libelle intitulé «The North Briton, N° 45».

(C'est moi qui souligne.)

Sur un bref d'erreur présentable au Parlement, la Chambre des lords devait répondre à la question suivante (il y avait d'autres questions en litige, mais elles sont sans pertinence en l'espèce) (à la p. 1127):

[TRADUCTION] Un jugement ordonnant que l'emprisonnement d'un défendeur ne commence qu'à l'expiration d'un emprisonnement auquel il a déjà été condamné pour une autre infraction est-il valide en droit?

La décision unanime de la Chambre des lords a été rendue par le lord juge en chef de la Cour des Common Pleas, sir John Eardley Wilmot. Il convient d'en citer ici de longs extraits parce qu'ils sont très révélateurs de la pensée des juges qui ont élaboré les règles concernant l'imposition et l'exécution de sentences d'emprisonnement multiples (à la p. 1133):

[TRADUCTION] En matière de trahisons et de félonies [*felonies*]—un certain jugement connu, duquel on ne peut s'écarter, c.-à-d. à la voix passive du présent du subjonctif; mais en matière de délit [*misdemeanours*] comme la peine est discrétionnaire, la seule limite, quant au temps, semble être qu'une peine doit commencer avant la libération totale d'une partie: une peine ne doit pas planer au-dessus de la tête d'un homme une fois qu'il a été libéré; ce qui est, dans toute l'acception du mot, une peine «in futuro». Mais, alors qu'il est toujours sous le coup d'une peine, alors qu'il purge une partie de sa peine, il est à juste titre l'objet d'une peine d'un type différent à être purgée pendant la continuation de la première, ou immédiatement après la fin de celle-ci. Et chaque cas de ce genre doit dépendre des circonstances particulières qui l'entourent.

Dans cette affaire, on doit tenir pour acquis que l'amende et l'emprisonnement étaient des peines appropriées pour ces infractions; . . .

La peine aurait pu être infligée de différentes façons.

1<sup>er</sup>, par un emprisonnement de douze mois; mais comme il avait déjà été condamné à purger dix mois, cela n'aurait été qu'un emprisonnement de deux mois.

2<sup>e</sup>, par un emprisonnement de vingt-deux mois; lequel n'aurait, de fait, été que de douze mois.

But this would have been most grossly unjust, because if the first judgment should be reversed, or he had been pardoned, he would have been imprisoned twenty-two months, when the Court only intended an imprisonment of twelve.

3d, The Court might have laid a fine of 1,000*l.* with a short imprisonment for one offence; and a small fine, with an imprisonment for twenty-two months for the other.

This would have been equally unjust—for the offences are different, and have no relation to one another. The prosecutions are distinct, and the records as separate from one another as if there had been two separate delinquents; and the offences on each record, must be as separately and distinctly estimated; and though judgment happened to be passed at the same time for both offences, yet the rule of admeasuring must be the same as if the judgment had been pronounced at different times.

The punishment must be proportioned to the specific offence contained in the record, upon which the judgment is then to be pronounced; and must be neither longer nor shorter, wider nor narrower, than that specific offence deserves. The balance is to be held with a steady even hand; and the crime and the punishment are to counterpoise each other; and a judgment given, or to be given against the same person for a distinct offence, is not to be thrown into either scale, to add an atom to either.

To lay a fine of 1,000*l.* for one offence, and twenty-two months imprisonment for the other, when the Court thought a fine of 500*l.* and an imprisonment of ten months, was the proper and adequate punishment for one offence, and a fine of 500*l.* and an imprisonment of twelve months for the other, would have been twisting the two offences and their punishments together, and a departure from the first principle of distributive justice, which commands all judges to inflict that punishment, and that punishment only, which they think commensurate to the specific crime before them; and it might have been productive of the same injustice I have already mentioned, viz. the judgment in one might be reversed or pardoned; and the delinquent would then be subject to a larger fine or a longer imprisonment, than the Court intended to subject him to for one of the offences only.

We cannot explore any mode of sentencing a man to imprisonment, who is imprisoned already, but by tacking one imprisonment to the other, as is done in the present case.

Mais cela aurait été extrêmement injuste, car si le premier jugement devait être infirmé ou si l'accusé devait bénéficier d'un pardon, il aurait été incarcéré pendant vingt-deux mois alors que la Cour désirait seulement lui infliger un emprisonnement de douze mois.

3<sup>e</sup>, la Cour aurait pu imposer une amende de 1,000 £. assortie d'une courte période d'emprisonnement pour une infraction; et une légère amende assortie d'un emprisonnement de vingt-deux mois pour l'autre.

Cela aurait été également injuste—car les infractions sont différentes et n'ont aucun rapport entre elles. Les poursuites sont distinctes, et les dossiers tout aussi différents l'un de l'autre que s'il s'était agi de deux délinquants différents; et les infractions dans chaque dossier doivent être appréciées de façon tout aussi distincte; et bien que le jugement se trouve à être rendu au même moment pour les deux infractions, la règle d'évaluation doit être celle que l'on aurait utilisée si les jugements avaient été prononcés à des moments différents.

La peine doit être proportionnée à l'infraction particulière contenue au dossier pour laquelle le jugement doit être prononcé; et elle ne doit être ni plus longue ni plus courte, ni plus étendue ni plus restreinte, que cette infraction précise ne le mérite. La balance doit être tenue d'une main ferme et équitable; et le crime et la peine doivent s'équilibrer; et l'on ne doit pas mettre un jugement rendu ou à venir contre la même personne pour une infraction distincte dans l'un ou l'autre plateau afin d'y ajouter un atome.

Imposer une amende de 1,000£ pour une infraction, et vingt-deux mois d'emprisonnement pour une autre, alors que la Cour considérerait comme une punition appropriée et adéquate une amende de 500£ et un emprisonnement de dix mois pour la première infraction, et une amende de 500£ et un emprisonnement de douze mois pour l'autre infraction, aurait pour effet d'emmêler les deux infractions et leurs peines, et constituerait un accroc au principe premier de la justice distributive qui commande à tous les juges de n'infliger que la peine qu'ils croient proportionnée au crime précis dont ils sont saisis et nulle autre; et cela pourrait entraîner l'injustice même dont j'ai déjà fait état, c.-à-d. le jugement relatif à une infraction pourrait être infirmé ou faire l'objet d'un pardon; et le délinquant serait alors assujéti à une amende plus forte ou à un emprisonnement plus long que ceux auxquels la Cour voulait le soumettre pour l'une des infractions seulement.

On ne peut envisager aucune façon d'imposer une peine d'emprisonnement à un homme qui est déjà emprisonné si ce n'est en joignant un emprisonnement à l'autre, comme on l'a fait dans la présente affaire.

It is not letting the judgment for the first offence vary the punishment, or influence the quantum of it in the other; but only providing, from the situation of the delinquent, to effectuate the punishment the Court thought his crime deserved. It is shaping the judgment to the peculiar circumstances of the case; and the necessity of postponing the commencement of the imprisonment, under the second judgment, arises from the party's own guilt, which had subjected him to a present imprisonment; and therefore the question really is, Whether a man under a sentence of imprisonment for one offence, can be sentenced to be imprisoned again for another offence? If he can, this is the only form by which it can be done consistent with justice. If it cannot be done, then in all offences which are punishable only by fine and imprisonment, if a man has committed twenty, and has been sentenced to imprisonment for one of them, he must be fined for all the rest, which will amount to perpetual imprisonment with nine parts in ten of the people most likely to commit such offences: or an imprisonment must be directed for every offence after the first, inadequate and disproportionate to it.

For suppose twenty offences of the same malignity, and meriting exactly the same punishments—if six months imprisonment were the punishment directed for the first offence; the second must be twelve months: and, proceeding progressively, the twentieth must be ten years: and thus six months and ten years will be the punishment for offences which ought to have been punished exactly alike. Or, if it be an offence where whipping or pillory might be inflicted, the alternative of a moderate imprisonment will not be in the power of the Court to inflict; but they will be under the necessity of laying a large fine, or directing one of the other severe corporal punishments.

(My emphasis.) <sup>h</sup>

As a preliminary observation, it is to be noted that the question put to the House did not make any distinction as to whether the convictions were for treasons, felonies or misdemeanours, nor did the House's formal answer. Mention, however, is made by Lord Wilmot, in a passing remark, to his comments being addressed to misdemeanours. This is so because, as regards felonies or treasons, the problem of consecutive sentences did not arise for two reasons. In the first place, there were very few subsequent convictions after a first one for a non-

Ce n'est pas permettre au jugement relatif à la première infraction de modifier la peine ou d'en influencer le quantum par rapport à l'autre; c'est plutôt pouvoir uniquement, compte tenu de la situation du délinquant, à l'efficacité de la peine que la Cour estime correspondre au crime. C'est modeler le jugement aux circonstances particulières du cas; et la nécessité de surseoir au commencement de l'emprisonnement, quant au second jugement, provient de la propre culpabilité de la partie, laquelle l'a dès à présent assujettie à un emprisonnement; et par conséquent la question véritable est de savoir si un homme sous le coup d'une sentence d'emprisonnement pour une infraction, peut être condamné à nouveau à l'emprisonnement pour une autre infraction? S'il le peut, c'est la seule façon de le faire qui soit compatible avec la justice. Si cela ne peut être fait, il s'ensuit pour toutes les infractions punissables seulement d'une amende et d'un emprisonnement que si un homme en a commis vingt et qu'il a été condamné à l'emprisonnement pour l'une d'entre elles, il doit être condamné à payer une amende pour toutes les autres, ce qui équivaudra à un emprisonnement perpétuel pour les neuf dixièmes des gens les plus susceptibles de commettre des infractions de ce genre: ou un emprisonnement doit être ordonné pour chaque infraction après la première, qui soit inadéquat et disproportionné en regard de celle-ci.

Par exemple vingt infractions de la même gravité et méritant exactement les mêmes peines—si une peine de six mois d'emprisonnement devait être la peine ordonnée pour la première infraction; la seconde devrait être de douze mois: et procédant progressivement, la vingtième devrait être de dix ans: et, par conséquent, six mois et dix ans seront les peines pour des infractions qui auraient dû être punies de la même façon. Ou, s'il s'agit d'une infraction pour laquelle le fouet ou le pilori pourrait être infligé, la possibilité d'infliger à la place un emprisonnement mesuré ne sera pas du pouvoir de la Cour; mais elle sera obligée de condamner à une forte amende, ou d'ordonner un des autres châtiments corporels graves.

(C'est moi qui souligne.)

Il faut noter, à titre d'observation préliminaire, que ni la question posée à la Chambre, ni sa réponse formelle, ne faisait de distinction entre les déclarations de culpabilité suivant qu'elles avaient trait à des trahisons, des félonies ou des délits. Cependant, lord Wilmot mentionne au passage que ses commentaires se rapportent aux délits. Il en est ainsi parce que, pour les félonies et les trahisons, le problème des sentences consécutives ne se posait pas pour deux raisons. Premièrement, il était très rare qu'il y ait d'autres condamnations après une

clergyable felony. Indeed, prior to 1827 a person already sentenced for a felony could plead to a subsequent indictment *autrefois attaint*, a bar to the proceedings until and unless the attainder was for some reason reversed. Chitty describes this defence as follows (J. Chitty, *Criminal Law*, vol. 1, 2nd ed., 1826, at p. 464):

... once a felon is attainted he is dead in law, his whole possessions are forfeited, his blood is corrupted, and nothing remains but to put in execution the sentence of death under which he continues, so that any second attainder would be superfluous.

As for the few non-clergyable felonies where a second attainder would not be superfluous, the penalty was seldom one of imprisonment to be added to a previous term of imprisonment, for at that time (1770) very few, if any, non-clergyable felonies were punished by imprisonment, as banishment or transportation were the usual substitutes for the death penalty. Therefore imprisonment and the problems surrounding the imposition of consecutive sentences for felonies came into the picture only a few years later and gradually. But, I should add, one may reasonably assume that what their Lordships had to say for misdemeanours would have been equally said by them at the time as regards felonies had punishment imposed for those offences given rise to the problem they were addressing in regard to misdemeanours.

Now what did they say? At the outset they stated a principle: that a punishment should "not hang over a man's head when he has been once discharged". That principle resulted in their formulating a rule: that a "punishment shall take place before a total dismissal of the party" and that punishment "*in futuro*" is prohibited. In passing, this is the origin of s. 649(1) of the present Canadian *Criminal Code*.

They then stated a second principle: that the punishment inflicted for an offence when there is

première condamnation pour félonie exclue du privilège de clergie. En effet, avant 1827, une personne déjà condamnée pour une félonie pouvait plaider à une accusation subséquente «autrefois attaint», une fin de non-recevoir tant et aussi longtemps que le décret de confiscation de biens et de mort civile n'avait pas été, pour quelque raison, cassé. Chitty décrit ainsi cette défense (J. Chitty, *Criminal Law*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., 1826, à la p. 464):

[TRADUCTION] ... lorsqu'un individu est déclaré félon, il est juridiquement mort, toutes ses possessions sont confisquées, son sang est corrompu et il ne reste plus qu'à exécuter la peine de mort qui pèse contre lui, de sorte qu'un second décret de confiscation de biens et de mort civile serait superfétatoire.

Quant aux quelques félonies exclues du privilège de clergie pour lesquelles une seconde déclaration de mort civile et de confiscation de biens ne serait pas superfétatoire, la peine en était rarement une d'emprisonnement devant s'ajouter à une période d'emprisonnement antérieure. En effet, à cette époque (1770), très peu de félonies exclues du privilège de clergie, s'il y en avait, étaient punies par l'emprisonnement, étant donné que le bannissement ou la relégation remplaçaient habituellement la peine de mort. En conséquence, l'emprisonnement et les problèmes dus à l'imposition de sentences consécutives pour les félonies ne se sont manifestés que quelques années plus tard et d'une manière graduelle. Mais je devrais ajouter que l'on peut raisonnablement supposer que ce que les lords avaient à dire sur les délits, ils auraient également pu le dire à ce moment-là au sujet des félonies si la peine imposée pour ces infractions avait soulevé le problème auquel ils étaient confrontés à propos des délits.

En fait qu'ont-ils dit? Ils ont tout d'abord énoncé un principe: qu'une peine ne doit pas «planer au-dessus de la tête d'un homme une fois qu'il a été libéré». A partir de ce principe, ils ont formulé une règle: qu'une «peine doit commencer avant la libération totale d'une partie» et que la peine «*in futuro*» est prohibée. Soit dit en passant, c'est là l'origine du par. 649(1) de l'actuel *Code criminel* canadien.

Ils ont ensuite énoncé un second principe: que la peine infligée pour une infraction lorsqu'il y a

imposition of one or more sentences, whether at the same or at different times, should in the result be "neither longer nor shorter, wider nor narrower, than that specific offence deserves". It is on that second principle that they predicated the judge's power to impose consecutive sentences and to that end formulated two other rules: (1) that the fact that a person be under sentence of imprisonment for one offence is not a bar to his being "sentenced to be imprisoned again for another offence . . . by tacking one imprisonment to the other"; (2) that the rule is to apply whether the judgment "happened to be passed" for the different offences "at the same time" or "at different times". Then applying those rules to the particular facts of the appeal, they being that Wilkes had been found guilty at the same time on two informations charging libel, they answered the stated question affirmatively and affirmed the judgments of the Court of Queen's Bench.

In 1827, by 7 & 8 Geo. IV, c. 28, benefit of clergy was abolished (s. VI) as was attainder in bar of an indictment (s. IV). As multiplicitous terms of imprisonment would thereafter be more often susceptible of being imposed as regards felonies, the matter was dealt with in section X:

X. AND be it enacted, that wherever sentence shall be passed for felony on a person already imprisoned under sentence for another crime, it shall be lawful for the court to award imprisonment for the subsequent offence, to commence at the expiration of the imprisonment to which such person shall have been previously sentenced; and where such person shall be already under sentence either of imprisonment or of transportation, the court, if empowered to pass sentence of transportation, may award such sentence for the subsequent offence, to commence at the expiration of the imprisonment or transportation to which such person shall have been previously sentenced, although the aggregate term of imprisonment or transportation respectively may exceed the term for which either of those punishments could be otherwise awarded.

imposition d'une ou plusieurs sentences, que ce soit au même moment ou à des moments différents, ne doit être en définitive «ni plus longue ni plus courte, ni plus étendue ni plus restreinte, que cette infraction précise ne le mérite». C'est en se fondant sur ce second principe qu'ils ont affirmé le pouvoir du juge d'imposer des sentences consécutives et qu'ils ont, à cette fin, formulé deux autres règles: (1) que le fait qu'une personne soit sous le coup d'une sentence d'emprisonnement n'empêche pas qu'elle soit «condamnée à nouveau à l'emprisonnement pour une autre infraction . . . en joignant un emprisonnement à l'autre»; (2) que la règle s'applique peu importe que le jugement «se trouve à être rendu» pour les diverses infractions «au même moment» ou «à des moments différents». Appliquant ensuite ces règles aux faits particuliers de l'appel, savoir que Wilkes avait été trouvé coupable au même moment quant à deux dénonciations l'incriminant de libelle, ils ont répondu par l'affirmative à la question posée et ont confirmé les jugements de la Cour du Banc de la Reine.

En 1827, par 7 & 8 Geo. IV, chap. 28, le privilège de clergie (art. VI) de même que le plaidoyer «d'autrefois atteint» (art. IV), qui constituait une fin de non-recevoir à une mise en accusation, a été aboli. Comme l'imposition de périodes multiples d'emprisonnement pour sanctionner des félonies risquait de se produire plus souvent, la question a été tranchée par l'art. X:

[TRADUCTION] X. ET qu'il soit ordonné que chaque fois qu'une sentence doit être imposée pour une félonie à une personne déjà emprisonnée par suite d'une sentence pour un autre crime, il sera légal pour la cour d'imposer un emprisonnement pour l'infraction subséquente ne commençant qu'à l'expiration de la période d'emprisonnement à laquelle cette personne aura été antérieurement condamnée; et lorsque cette personne sera déjà sous le coup d'une sentence d'emprisonnement ou de relégation, que la cour pourra, si elle est investie du pouvoir d'imposer une sentence de relégation, décréter que cette sentence pour l'infraction subséquente ne commence qu'à l'expiration de l'emprisonnement ou de la relégation auxquels cette personne aura pu être antérieurement condamnée, même si la période totale d'emprisonnement ou de relégation respectivement peut excéder la période pour laquelle l'une ou l'autre de ces peines pourrait autrement être imposée.



In the Province of Canada, in 1841, a virtually identical section was enacted by 4 & 5 Vict., c. 24, s. XXIX.

XXIX. And be it enacted, that whenever sentence shall be passed for Felony on a person already imprisoned under sentence for another crime, it shall be lawful for the Court to award imprisonment for the subsequent offence, to commence at the expiration of the imprisonment to which such person shall have been previously sentenced; and where such person shall be already under sentence of imprisonment, the Court may award such sentence for the subsequent offence to commence at the expiration of the imprisonment to which such person shall have been previously sentenced, although the aggregate term of imprisonment may exceed the term for which such punishment could be otherwise awarded.

In 1848, in England, 11 & 12 Vict., c. 43, s. 25 extended to justices of the peace the power to impose consecutive sentences on a defendant who was "... then ... in prison undergoing imprisonment upon a conviction for any other offence".

In the Province of Canada in 1859, s. 109 of 22 Vict., c. 99, *Consolidated Statutes of Canada, An Act respecting the Procedure in Criminal cases*, is an exact replica of s. XXIX of 4 & 5 Vict., c. 24. Finally, and only for the purpose of being thorough, I should mention that in 1869 the Canadian Parliament replaced 22 Vict., c. 99 by 32-33 Vict., c. 29. Section 92 of the latter Act is, save some reference to penitentiaries, an exact reenactment of s. 109.

I should pause here to underline that in all of these statutes, and in both countries, no reference whatsoever is made to the time of the convictions for the offences. The requirement is precisely related to the passing of the sentence in that the sentence to be susceptible of being ordered to be served consecutively must be passed upon a person "already imprisoned under sentence for another crime", whether convicted on the same day or at different times, by the same or different judges or courts; neither did their Lordships in the *Wilkes* case refer to the time of the convictions.

En 1841, dans la Province du Canada, une disposition pratiquement identique était adoptée par 4 & 5 Vict., chap. 24, art. XXIX.

XXIX. Et qu'il soit statué que lorsque sentence sera prononcée pour félonie contre une personne déjà emprisonnée ou sous sentence pour un autre crime, la Cour pourra ordonner que l'emprisonnement pour l'offense subséquente, commencera à l'expiration de l'emprisonnement auquel la dite personne avait déjà été préalablement condamnée, et lorsque la dite personne sera déjà sous sentence, la Cour pourra rendre sa sentence pour l'offense subséquente, à commencer à l'expiration de l'emprisonnement auquel la dite personne aura été préalablement condamnée, quoique le terme cumulé du dit emprisonnement doive excéder le terme pour lequel le dit châtiment serait autrement infligé.

En 1848, en Angleterre, l'art. 25 de 11 & 12 Vict., chap. 43 a étendu aux juges de paix le pouvoir d'imposer des sentences consécutives à un défendeur qui était [TRADUCTION] «... alors... en prison purgeant un emprisonnement relatif à une déclaration de culpabilité pour toute autre infraction».

En 1859, dans la Province du Canada, l'art. 109 de l'Acte concernant la procédure en matière criminelle, 22 Vict., chap. 99, des *Statuts Refondus du Canada*, est une réplique exacte de l'art. XXIX de 4 & 5 Vict., chap. 24. Enfin, et dans le seul but d'être exhaustif, je dois mentionner qu'en 1869, le Parlement canadien a remplacé 22 Vict., chap. 99 par 32-33 Vict., chap. 29. L'article 92 de cette dernière loi est, sous réserve de quelques références aux pénitenciers, une reproduction exacte de l'art. 109.

Je dois m'arrêter ici pour souligner que, dans toutes ces lois et dans les deux pays, absolument aucune référence n'est faite au moment des déclarations de culpabilité. L'exigence est précisément reliée à l'imposition de la sentence en ceci que pour qu'il puisse y avoir cumul, il faut que la sentence soit imposée à une personne «déjà emprisonnée par suite d'une sentence pour un autre crime», qu'elle ait été déclarée coupable le même jour ou à des moments différents, que ce soit ou non par les mêmes juges ou cours; leurs Seigneuries dans l'affaire *Wilkes* n'ont pas davantage parlé du moment des déclarations de culpabilité.

THE CUTBUSH CASE

In 1867 the *Cutbush* decision (*R. v. Cutbush* (1867), 10 Cox C.C. 489) dealt with consecutive sentences imposed by justices in petty sessions. The question was whether the justices, on convicting a man under *The Vagrant Act*, 1824 (U.K.), 5 Geo. IV, c. 83, s. 4, for several distinct offences, in respect of each of which the maximum punishment is three months' imprisonment only, had power to award two or more sentences of three months' imprisonment and make one to commence at the expiration of the others.

It was argued that the language in s. 25 of 1848 (U.K.), 11 & 12 Vict., c. 43 was different from that of s. 10 of 1827 (U.K.), 7 & 8 Geo. IV, c. 28, as it was impossible to say that, as soon as a man had been sentenced, but not yet in prison physically, he was "in prison undergoing imprisonment upon a conviction for any other offence" as is required by the section (1848 (U.K.), 11-12 Vict. c. 43, s. 25).

But the Court of Queen's Bench gave precisely that wide interpretation to those words of the section and found that the rule applied to those sentenced to imprisonment but not yet physically imprisoned. In the course of deciding the issue, reference was made to the power of judges as regards felonies. Cockburn C.J., speaking for the Court, said this (at p. 492):

The question being whether that was within their power, we thought it right, inasmuch as the 25th section of 11 & 12 Vict. c. 43, on which the question turns, is an enactment in substance similar to the enactment of 7 & 8 Geo. 4, c. 28, s. 10, which gives a similar power in cases of felony, to ascertain from our brother judges what had been, so far as living judicial memory goes back, the practice of the judges under the Act of 7 & 8 Geo. 4, c. 28. We have just had a consultation with the rest of the Bench, and the result of that consultation is, that as far back as living judicial memory goes the practice of judges has been, acting, of course, under the powers given in the enactment to which I have referred, where more than one case of felony was established against a man, and he was convicted thereof, to make the sentence of imprisonment for the two or three

L'AFFAIRE CUTBUSH

En 1867, la décision dans l'affaire *Cutbush* (*R. v. Cutbush* (1867), 10 Cox C.C. 489) traitait des sentences consécutives imposées par un tribunal des juges de paix. La question était de savoir si, en déclarant un homme coupable, selon *The Vagrant Act*, 1824 (R.-U.), 5 Geo. IV, chap. 83, art. 4, de plusieurs infractions distinctes dont chacune comportait uniquement une peine maximale de trois mois d'emprisonnement, les juges avaient le pouvoir d'imposer deux ou plusieurs sentences de trois mois d'emprisonnement et d'en faire commencer une à l'expiration des autres.

On avait plaidé que les termes de l'art. 25 de 1848 (R.-U.), 11 & 12 Vict., chap. 43 étaient différents de ceux de l'art. 10 de 1827 (R.-U.), 7 & 8 Geo. IV, chap. 28, étant donné qu'il était impossible de dire que, aussitôt une sentence imposée, même si le condamné n'était pas encore physiquement incarcéré, il était [TRADUCTION] «en prison purgeant un emprisonnement relatif à une déclaration de culpabilité pour une autre infraction» comme l'exigeait l'article (1848 (R.-U.), 11-12 Vict., c. 43, art. 25).

Mais la Cour du Banc de la Reine a précisément donné cette interprétation large à ces mots de l'article et a conclu que la règle s'appliquait à ceux qui étaient condamnés à la prison sans être encore physiquement incarcérés. En cours de décision, on a fait référence au pouvoir des juges en ce qui a trait aux félonies. Le juge en chef Cockburn, parlant au nom de la Cour, a dit (à la p. 492):

[TRADUCTION] Comme il s'agit de savoir si cela relevait de leur pouvoir, nous avons cru bon de nous informer auprès de nos collègues de ce qu'avait été, aussi loin que l'on puisse remonter dans la tradition judiciaire, la pratique sous l'empire de 7 & 8 Geo. 4, chap. 28, vu que l'art. 25 de 11 & 12 Vict. chap. 43, qui pose la difficulté, est une disposition similaire en substance à l'art. 10 de 7 & 8 Geo. 4, chap. 28 qui confère un pouvoir semblable en matière de félonie. Nous venons d'avoir une consultation avec l'ensemble des juges et il en ressort que, aussi loin que l'on puisse remonter dans la tradition judiciaire, la pratique des juges, agissant bien sûr sous l'empire des pouvoirs conférés par la disposition dont j'ai parlé, a été, dans le cas où plus d'une affaire de félonie a été prouvée contre un homme et qu'il en a été déclaré coupable, de décréter que la sentence d'emprisonnement pour les

offences, as the case might be, commence at the expiration of the sentence first awarded.

(My emphasis.)

This is how the matter is reported in 10 Cox C.C. 489. However, in *The Law Reports, Court of Queen's Bench*, (1867) L.R. 2 Q.B. 379 *et seq.*, Cockburn C.J.'s words are reported as being, when he refers to the convictions for the felonies, "and he was convicted of them at one and the same time", instead of "and he was convicted thereof", as reported in Cox C.C.

Now this reference to the convictions being made at "one and the same time" should, in my view, be read in the light of what was said right after. Cockburn C.J. went on to say, in *The Law Reports, Court of Queen's Bench*, at pp. 382-83:

Now, inasmuch as that appears to have been for so long a series of years the practice of the judges at the Central Criminal Court and upon the circuits, we must take it as affording a contemporaneous exposition of the effect of the 10th section of 7 & 8 Geo. 4, c. 28; and inasmuch as the 25th section of 11 & 12 Vict. c. 43, is, although it varies somewhat in its language, substantially the same as that of the former act, and, no doubt, was intended to give justices the same power to make the sentence of imprisonment given upon a summary conviction for a second offence commence at the expiration of the first, and inasmuch as (though, it is true, by some degree of technical straining) the words are capable of that interpretation, and imprisonment may be said to commence, and the man may be said to be imprisoned from the moment he is convicted of the first offence and sentenced to imprisonment under it, and also as right and justice require, when a man has been guilty of separate offences, for each of which a separate term of imprisonment is a proper form of punishment, that he should not escape from the punishment due to the additional offence, merely because he is already sentenced to be imprisoned for another offence, and as it would be contrary to public policy and expediency that he should so escape with but one punishment; looking at it, I say, on the whole, in the first place, with reference to what is the fairly possible construction of the 25th section of 11 & 12 Vict. c. 43; secondly, to what justice and expediency require; and then to the light which is thrown on what ought to be the construction of the

deux ou trois infractions, selon le cas, ne commence qu'à l'expiration de la sentence imposée en premier lieu.

(C'est moi qui souligne.)

<sup>a</sup> Voilà comment l'affaire est publiée dans 10 Cox C.C. 489. Cependant, dans *The Law Reports, Court of Queen's Bench*, (1867) L.R. 2 Q.B. 379 *et suiv.*, les propos du juge en chef Cockburn au sujet des déclarations de culpabilité pour les félonies se lisent comme suit [TRADUCTION] «et qu'il en a été déclaré coupable à un seul et même moment» plutôt que «et qu'il en a été déclaré coupable», comme on le lit dans Cox C.C.

<sup>c</sup> Mais on devrait à mon avis interpréter cette mention des déclarations de culpabilité prononcées «à un seul et même moment» à la lumière de ce qui est dit immédiatement après. Le juge en chef Cockburn poursuivait en affirmant, dans *The Law Reports, Court of Queen's Bench*, aux pp. 382 et 383:

[TRADUCTION] Dans la mesure où telle semble avoir été la pratique des juges à la Central Criminal Court et dans les circuits durant tellement d'années, on doit considérer qu'elle offre un énoncé contemporain de l'effet de l'art. 10 de 7 & 8 Geo. 4, chap. 28; dans la mesure où l'art. 25 de 11 & 12 Vict. chap. 43 est substantiellement similaire à celui de la loi précitée, même si sa formulation diffère quelque peu, et vu qu'il visait, à n'en pas douter, à donner aux juges le même pouvoir de faire en sorte qu'une sentence d'emprisonnement, prononcée à l'égard d'une déclaration sommaire de culpabilité pour une seconde infraction, commence à l'expiration de la première, et dans la mesure où (quoique, il est vrai, il faille en étirer quelque peu le sens) les mots peuvent recevoir une telle interprétation, et qu'un emprisonnement peut être réputé commencer et un homme réputé emprisonné à partir du moment où il est déclaré coupable de la première infraction et, en conséquence, condamné à l'emprisonnement et, également, comme le droit et la justice exigent, lorsqu'un homme s'est rendu coupable d'infractions distinctes, et qu'en regard de chacune d'elles une période distincte d'emprisonnement est une forme adéquate de peine, qu'il n'échappe pas à la peine méritée en raison de l'infraction additionnelle simplement parce qu'il est déjà condamné à être emprisonné pour une autre infraction, et que ce serait également contraire à l'ordre public et inopportun qu'il puisse ainsi s'en tirer avec une seule peine; examinant cela, je dirais, dans l'ensemble, en me basant, en premier lieu, sur ce qui est l'interprétation vraisemblable de l'art. 25

statute by the long practice that has prevailed under the similar and corresponding enactment of the former statute—looking at all the matters in all these different points of view, it appears to us that we shall be putting the right and proper construction on the section of the act of parliament we have to construe, by holding that the justices in making the second sentence commence at the expiration of the first acted within their jurisdiction; and the jurisdiction having been properly exercised, the rule for discharging the defendant out of custody must be discharged.

(My emphasis.)

His rationale for the rule is precisely part of that of their Lordships in *Wilkes* (the other part being avoiding unwarranted long sentences for offences) and he does in no way make any further reference to the convictions being of necessity made at the one and same time when expounding upon the rationale for this rule. This is all the more revealing when one scrutinizes the facts set out in the report (at p. 380):

It appeared from the affidavits that Paine was charged before the justices, on the 10th of December, 1866, with having obscenely exposed his person on the 6th of December, 1866; to this charge he pleaded guilty, and he was remanded; and on the 15th of December he was charged with, and pleaded guilty to, three other similar offences, committed on the 22nd of November, 27th of November, and on the 30th of November, 1866, respectively. The justices adjudged him to be imprisoned in Maidstone house of correction on each of the four charges for three calendar months, with hard labour, under the Vagrant Act, 5 Geo. 4, c. 83, s. 4, that being the maximum punishment for the offence. The warrants of commitment, as to the offences on the 22nd and 27th of November and 6th of December, simply awarded three months' imprisonment, but the warrant, as to the offence on the 30th of November, awarded imprisonment for the space of three calendar months, 'to commence at the expiration of the first term of three calendar months imprisonment to which he has this day been adjudged by us the said justices'.

Note should be taken of the fact that the plea of guilty to the first offence was taken on a date prior to the pleas of guilty to the other three which were taken subsequently but all three on the same day.

de 11 & 12 Vict. chap. 43; deuxièmement, sur ce que la justice et l'opportunité requièrent; et enfin sur l'éclairage projeté sur ce que devrait être l'interprétation de la loi par la longue pratique qui a prévalu en regard d'une disposition semblable et correspondante de la loi précitée—examinant toutes les questions sous tous ces angles, il nous semble que l'on donnerait une interprétation juste et adéquate de l'article de la loi du parlement qui nous est soumis, en décidant que les juges agissaient dans le cadre de leur compétence en faisant commencer la seconde sentence à l'expiration de la première; et la compétence ayant été exercée de façon appropriée, la demande d'élargissement du défendeur doit être rejetée.

(C'est moi qui souligne.)

Le fondement de la règle qu'il énonce est précisément une partie de celui formulé par leurs Seigneuries dans *Wilkes* (l'autre partie étant d'éviter des sentences d'une longueur injustifiée) et il ne fait en aucune façon plus ample référence, lorsqu'il élabore sur ce point, à la nécessité que les déclarations de culpabilité soient prononcées à un seul et même moment. Cela est d'autant plus révélateur lorsque l'on examine minutieusement les faits énoncés dans le recueil (à la p. 380):

[TRADUCTION] Il appert des affidavits que Paine était accusé devant les juges le 10 décembre 1866 d'avoir exposé sa personne de façon obscène le 6 décembre 1866; à cette accusation il avait plaidé coupable et son cas avait été ajourné à une autre date; et le 15 décembre il était accusé et plaissait coupable à l'égard de trois autres infractions semblables, commises respectivement les 22 novembre, 27 novembre et 30 novembre 1866. Les juges ont ordonné qu'il soit incarcéré à la maison de correction de Maidstone relativement à chacune des quatre accusations pour trois mois civils avec travaux forcés en vertu de la Vagrant Act, 5 Geo. 4, chap. 83, art. 4, ce qui constitue la peine maximale pour l'infraction. Les mandats de dépôt relatifs aux infractions du 22 et du 27 novembre et du 6 décembre mentionnaient simplement trois mois d'emprisonnement, mais le mandat relatif à l'infraction du 30 novembre mentionnait un emprisonnement pour une période de trois mois civils «commençant à l'expiration du premier terme de trois mois civils d'emprisonnement auquel il a été condamné aujourd'hui par nous les dits juges».

Il importe de noter le fait que le plaidoyer de culpabilité relatif à la première infraction a été enregistré à une date antérieure aux plaidoyers de culpabilité relatifs aux trois autres infractions qui

True, even if the rule were to require that the convictions be at the same time, that expression meaning on the same day, the consecutive sentence imposed for the fourth offence would still have been valid because the sentences imposed for the second and third offences were for convictions on the same day as the fourth; but it would seem to me somewhat strange that, if that were essential to the right to impose consecutive sentences given the particular facts of the case, the Chief Justice would not have made some reference to those facts or that the parties did not in the least raise the matter in argument. The answer probably lies in the use by the House of Lords in *Wilkes* of the word "happened" when they said:

... and though judgment happened to be passed at the same time for both offences, yet the rule of admeasuring must be the same as if the judgment had been pronounced at different times.

A further observation is very revealing. The House of Lords in *Wilkes* when referring to judgment happening to be passed at the same time for both offences was referring to the sentences being imposed at the same time, not the convictions. At that time and still at the time of the *Cutbush* case, sentences were adjudged after verdicts. As an illustration of this, see *Gregory v. The Queen* (1850), 15 Q.B. 974; see also *Leverson v. The Queen*, (1869) L.R. 4 Q.B. 394.

#### THE ORTON alias CASTRO CASE

This interpretation of *Wilkes* finds support in the comments of the judges of the Court of Appeal in *R. v. Orton, alias Castro* (1880), 14 Cox C.C. 436, stating the law in the matter and referring to what it had been since the *Wilkes* case and still was. *Per James L.J.* (at pp. 456-57):

The law is, and always has been, that counts for several misdemeanours may be joined in one indictment as it is called—that is to say, may be the subject of several distinct counts or charges, put together in one piece of

ont été enregistrés après, mais tous trois le même jour. Il est vrai que même si la règle devait exiger que les déclarations de culpabilité soient prononcées au même moment, cette expression voulant dire le même jour, la sentence consécutive imposée pour la quatrième infraction aurait tout de même été valide puisque les sentences imposées pour les deuxième et troisième infractions étaient relatives à des déclarations de culpabilité survenues le même jour que la quatrième; mais il me semblerait quelque peu étrange que, si c'était un aspect essentiel de l'exercice du droit d'imposer des sentences consécutives compte tenu des faits particuliers de l'affaire, le Juge en chef n'en ait pas parlé ou à tout le moins que les parties n'aient pas soulevé la question dans leur argumentation. La réponse réside probablement dans l'emploi par la Chambre des lords dans l'affaire *Wilkes* du mot «se trouve» lorsqu'ils affirment:

[TRADUCTION] ... et bien que le jugement se trouve à être rendu au même moment pour les deux infractions, la règle d'évaluation doit être celle que l'on aurait utilisée si les jugements avaient été prononcés à des moments différents.

Une autre observation est très révélatrice. Lorsque la Chambre des lords dans l'affaire *Wilkes* se réfère au jugement qui se trouve à être rendu au même moment pour les deux infractions, elle se réfère aux sentences imposées au même moment et non aux déclarations de culpabilité. A cette époque, et encore à l'époque de l'affaire *Cutbush*, les sentences étaient imposées par jugement après les verdicts. A titre d'illustration, voir *Gregory v. The Queen* (1850), 15 Q.B. 974; voir aussi *Leverson v. The Queen*, (1869) L.R. 4 Q.B. 394.

#### L'AFFAIRE ORTON alias CASTRO

Cette interprétation de l'arrêt *Wilkes* trouve appui dans les commentaires des juges de la Cour d'appel dans *R. v. Orton, alias Castro* (1880), 14 Cox C.C. 436, qui énoncent l'état du droit sur ce point, et se réfèrent à ce qu'il avait été et était demeuré depuis l'arrêt *Wilkes*. Le lord juge James (aux pp. 456 et 457):

[TRADUCTION] Le droit veut depuis toujours que des chefs imputant plusieurs délits puissent être joints dans ce qui est appelé un acte d'accusation, autrement dit, puissent être l'objet de plusieurs accusations ou chefs

parchment, but each count being in law a distinct charge or indictment, upon which the party ought to be tried and convicted or acquitted as the case may be. A practice has prevailed in cases of felonies, by which the judges, in the exercise of their power of regulating the proceedings before them, thought it right in capital cases—in times when nearly all crimes were capital—that a party should not be tried for more than one felony at the same time, in order that he might not be embarrassed or prejudiced by evidence as to other offences. (e) No such rule (e) prevailed with regard to trials for misdemeanour, though in a proper case, if the judge saw that there would be prejudice to the prisoner, he could call on the prosecutor to elect on which count to proceed. But these were mere matters of judicial discretion, for the exercise of which in no case could a writ of error be brought. Such being the law that a party might be tried at the same time, for several misdemeanours, the subject of several charges on several distinct counts, there is in my mind no possible or reasonable distinction to be drawn between a trial and conviction on several counts or charges in one indictment, and several trials and convictions on several indictments one after another. In the case of *Rex. v. Wilkes* (a) it was certainly settled distinctly that for several misdemeanours, the subject no doubt of several indictments, one tried after the other, and on which the sentences were pronounced immediately, one after the other by the House of Lords, on the advice of all the Judges that one sentence of imprisonment could be passed to take effect after the expiration of imprisonment for another. So the law was laid down and from that time to the present it has remained unquestioned, and no judge has ever in this country expressed the slightest doubt of that being the common law of England.

(e) That is (it is presumed) the rule against joinder of counts. (See *R. v. Gough* (1 M. & R. 74)).

(a) 4 Brown's Parliamentary Cases, 360; 4 Burr. 2527.

(My emphasis.)

*Per* Brett L.J. (at p. 462):

Then on an indictment containing more than one count, can the punishment on one of them be postponed until the expiration of the punishment on the other? That seems to have been decided in *Wilkes' case* and other

distincts, mis ensemble sur une feuille de parchemin, mais chaque chef constitue, en droit, une accusation ou un acte d'accusation distinct sur lequel la partie devrait subir son procès et être condamnée ou acquittée, selon le cas. En matière de félonies, il existe une pratique selon laquelle les juges, dans l'exercice de leur pouvoir de réglementer les procédures devant eux, ont cru bon, dans les affaires où la peine de mort pouvait être imposée à une époque où presque tous ces crimes étaient punissables de mort, d'ordonner qu'une partie ne puisse subir son procès pour plus d'une félonie au même moment, afin que la preuve d'autres infractions ne lui cause pas de préjudice ni d'embarras. (e) Une règle semblable (e) n'existait pas dans les procès pour délit bien que dans un cas approprié, si le juge s'apercevait qu'un prisonnier risquait de subir un préjudice, il pouvait demander à la poursuite de choisir le chef sur lequel procéder. Mais il s'agissait de simples questions de pouvoir discrétionnaire judiciaire dont l'exercice ne pouvait en aucun cas donner ouverture à un bref d'erreur. Le droit posant le principe qu'une partie peut subir son procès au même moment pour plusieurs délits, faisant l'objet de plusieurs accusations, en plusieurs chefs distincts, il n'y a, dans mon esprit, aucune distinction possible ou raisonnable qui puisse être faite entre un procès et une déclaration de culpabilité sur plusieurs chefs ou accusations dans un acte d'accusation et plusieurs procès et déclarations de culpabilité sur plusieurs actes d'accusation successifs. Dans l'affaire *Rex v. Wilkes* (a), il a certainement été décidé clairement que lorsqu'il y a plusieurs délits, faisant sans aucun doute l'objet de plusieurs actes d'accusation, jugés les uns après les autres, et sur lesquels les sentences étaient prononcées immédiatement, les uns après les autres, par la Chambre des lords, sur le conseil de tous les juges une sentence d'emprisonnement pourrait prendre effet à l'expiration de l'emprisonnement pour une autre. Le droit a ainsi été établi et, de ce moment jusqu'à maintenant, il est demeuré incontesté, et aucun juge n'a jamais, dans ce pays, exprimé le moindre doute que cela constitue la *common law* d'Angleterre.

(e) C'est (on présume) la règle interdisant la réunion des chefs. (Voir *R. v. Gough* (1 M. & R. 74)).

(a) 4 Brown's Parliamentary Cases, 360; 4 Burr. 2527.

(C'est moi qui souligne.)

Le lord juge Brett (à la p. 462):

[TRADUCTION] Alors dans un acte d'accusation contenant plus d'un chef, la peine relative à un de ceux-ci peut-elle être différée jusqu'à l'expiration de la peine relative à l'autre? Cela semble avoir été décidé par

cases that have been cited. The judges in *Wilkes' case* were asked whether a judgment of imprisonment, to commence after the termination of an imprisonment to which he is already subjected, is good in law, a question which, it will be observed, had no reference to whether there was one indictment or two, but was quite general in its terms, and the judges answered it in terms quite as general, for their answer was 'that a judgment of imprisonment against a defendant may commence after the expiration of an imprisonment to which he has been before sentenced for another offence.' Ever since then that has been taken to be the law, and that quite irrespective of the question whether the charges are in one indictment or two. Not only was that the answer of the judges, but it has been so interpreted ever since. It is not a question of 'cumulative' punishments—the use of that expression is incorrect. It is not so put in the answer of the judges in the case of *Wilkes*. The question was, whether the operation of a sentence could be postponed until after the expiration of a previous sentence. The judges gave indeed one limitation; they limited the postponement of the second sentence to the case of another sentence in existence up to the time to which the second is postponed—that is, that the second sentence must take effect before the final dismissal of the party, but that, with that limitation, it may be postponed. The cases of *Robinson* and *Gregory* are to the same effect. There are, therefore, authorities to show that it may be done, either on one indictment or several.

In the House of Lords (*Castro, alias Orton v. The Queen* (1881), 14 Cox C.C. 546), the Lord Chancellor (Lord Selborne) reviewed the *Wilkes* case extensively and agreed with the reasoning of Wilmot C.J. and then said (at p. 552):

To the reasons given for that by Wilmot, C.J., and apparently adopted by this House, I will shortly refer. I will first, however, state the question which was raised and put to the Judges, which was this: 'Whether a judgment of imprisonment against a defendant to commence from and after the determination of an imprisonment to which he was before sentenced for another offence is good in law?' to which the learned Judges returned an affirmative answer in the terms of the question; and thereupon this House affirmed the judgment which had been in fact so pronounced.

He then went on to say (at p. 553):

l'arrêt *Wilkes* et par d'autres arrêts qui ont été cités. Dans l'affaire *Wilkes*, on demandait aux juges si est valide en droit un jugement ordonnant que l'emprisonnement commence à l'expiration d'un emprisonnement auquel il est déjà soumis, une question qui, on l'observera, était sans rapport avec l'existence d'un ou de deux actes d'accusation, mais était bien générale dans sa formulation; les juges y ont répondu en des termes tout aussi généraux, puisque leur réponse portait «qu'une peine d'emprisonnement contre un défendeur peut commencer à l'expiration d'un emprisonnement auquel il a déjà été condamné pour une autre infraction». Depuis lors, on a considéré que tel était le droit, et ce, bien indépendamment de la question de savoir si les accusations sont contenues dans un ou deux actes d'accusation. Non seulement telle était la réponse des juges, mais c'est ainsi qu'elle a été interprétée depuis lors. Ce n'est pas une question de peines «cumulatives»—l'emploi de cette expression est incorrect. Ce n'est pas formulé ainsi dans la réponse des juges dans l'affaire *Wilkes*. La question était de savoir si l'effet d'une sentence peut être différé jusqu'à l'expiration d'une sentence antérieure. Les juges posaient de fait une réserve; ils ont limité l'exécution différée de la seconde sentence au cas d'une autre sentence en cours d'exécution jusqu'au moment où la seconde doit prendre effet, c'est-à-dire, que la seconde sentence doit prendre effet avant l'élargissement final de la partie, mais qu'elle peut, sous cette réserve, être différée. Les affaires *Robinson* et *Gregory* sont au même effet. Elles constituent donc des autorités démontrant que c'est une possibilité, aussi bien à l'égard d'un acte d'accusation que de plusieurs.

A la Chambre des lords (*Castro, alias Orton v. The Queen* (1881), 14 Cox C.C. 546), après une analyse extensive de l'affaire *Wilkes* et après s'être dit d'accord avec le raisonnement du juge en chef Wilmot, le lord chancelier (lord Selborne) a dit (à la p. 552):

[TRADUCTION] Je vais me reporter brièvement aux raisons données à ce sujet par le juge en chef Wilmot, et apparemment adoptées par cette chambre. Cependant, je vais d'abord énoncer la question qui était soulevée et soumise aux juges, savoir: «Un jugement ordonnant que l'emprisonnement d'un défendeur ne commence qu'à l'expiration d'un emprisonnement auquel il a déjà été condamné pour une autre infraction, est-il valide en droit?»; les savants juges y ont répondu par l'affirmative dans les termes de la question; et, sur ce, cette chambre a confirmé le jugement qui avait en fait été ainsi prononcé.

Il a alors poursuivi en disant (à la p. 553):

So far, therefore, as relates to misdemeanours, and subject to the question whether this authority would apply when the aggregate of the two punishments exceeds in point of time that which there would have been power to award for either offence alone, subject to that, the case of *Rex v. Wilkes* (*ubi sup.*) in this House is a clear and distinct authority in favour of the proposition that when a man is found guilty of two distinct misdemeanours, being distinct and separate offences, and not the same (I apprehend that it makes no kind of difference whether it be by two indictments simultaneously tried and found against him, or upon two counts in one and the same indictment), there, not only a competent, but the proper course independent of any statutory legislation, was and is to pronounce a second sentence of imprisonment, within the power of the court as to duration, to begin after the expiration of the first.

Now would that mean that the Lord Chancellor limited the House's statement of principle in *Wilkes* to cases where the convictions were simultaneous or was this only a restatement of the fact that the rule applied even in those cases where the convictions were pronounced at the same time?

After having quoted Cockburn C.J., in *Cutbush*, where he had said "and he was convicted of them at one and the same time", he then continued (at p. 555):

The learned Chief Justice, although admitting that there was some technical difficulty, not in any other part of the matter, but in the particular words I have read, which seemed to contemplate that the man should be actually in prison, yet thought the reason and substance of the case to be so clear, in addition to the authority to be derived from the exposition based upon the earlier statute by the uniform practice, as to make it right to hold that cumulative sentences might be awarded under those statutes even though the man had not already found his way to prison; and in point of fact one sentence was passed practically at the same time as the other. The practice, therefore, as far as can be ascertained from any of the authorities or from any of the books, has been uniform in favour of consecutive cumulative sentences of this kind; and if it were not so it would be difficult to see how it would be possible that any punishment at all could be inflicted for more than

[TRADUCTION] Jusqu'à maintenant, donc, en ce qui a trait aux délits, et sous réserve de la question de savoir si cette jurisprudence pourrait s'appliquer lorsque la durée totale des deux peines excède celle que l'on pourrait imposer pour l'une ou l'autre infraction, prise isolément, sous cette réserve, l'arrêt *Rex v. Wilkes* (*ubi sup.*) rendu par cette chambre est une autorité claire et précise en faveur de la proposition voulant que lorsqu'un homme est trouvé coupable de deux délits distincts, c.-à-d. des infractions distinctes et séparées, et non la même (je crois qu'il est sans importance que le procès et la déclaration de culpabilité aient lieu simultanément sur deux actes d'accusation ou sur deux chefs contenus dans un seul et même acte d'accusation), alors non seulement la façon possible mais la bonne façon d'agir, indépendamment de toute disposition de la loi, était et reste de prononcer une seconde sentence d'emprisonnement devant commencer à l'expiration de la première et qui soit, quant à sa durée, dans les limites du pouvoir de la cour.

Cela voudrait-il dire que le lord chancelier limitait l'énoncé de principe de la Chambre dans l'affaire *Wilkes* aux cas où les déclarations de culpabilité étaient simultanées, ou réitérait-il simplement le fait que la règle s'appliquait même dans les cas où les déclarations de culpabilité étaient prononcées au même moment?

Après avoir cité le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *Cutbush*, alors qu'il disait «et qu'il en a été déclaré coupable à un seul et même moment», il poursuit ensuite (à la p. 555):

[TRADUCTION] Bien que le savant juge en chef admit que les mots précis que j'ai lus, lesquels semblent envisager que l'homme devrait être effectivement en prison, posaient certaines difficultés (et non quelque autre partie de la question), il pensait néanmoins que le fondement de l'affaire était assez clair, compte tenu de l'autorité tirée de l'interprétation fondée sur la loi antérieure par la pratique uniforme, pour justifier de décider que des sentences cumulatives pouvaient être imposées en vertu de ces lois même si l'homme n'avait pas déjà pris le chemin de la prison et qu'en fait une sentence avait été imposée pratiquement au même moment que l'autre. Par conséquent, la pratique, dans la mesure où on peut la vérifier dans la jurisprudence ou dans les ouvrages, a uniformément favorisé les sentences consécutives et cumulatives de ce genre; et s'il n'en était pas ainsi, il serait difficile de voir comment il serait possible d'infliger des peines pour plus d'une infraction, si les



one offence, if the convictions took place at the same time.

(My emphasis.)

As he recognized that the overall approach is one of making possible the imposition of consecutive sentences when the ends of justice so require, that could hardly be reconciled with his denying that power to the judges when convictions were “one after the other” as said James L.J. in the same case in the Court of Appeal.

Most eloquent, in support of the fact that that was not the effect initially intended by referring to simultaneous convictions, is the reasoning of Lord Blackburn with which the Lord Chancellor did not take issue. Lord Blackburn, analysing what would have been the effect on the issues had the judge granted an application for separate trials, said (at p. 559):

It is clear that, if the Court had pleased to grant the application, these two counts might have been tried—the one in London before a London jury, and the other in Middlesex before a Middlesex jury; and, but for the Act relating to the Central Criminal Court, which gives that court jurisdiction over both, they must have been so tried. But, even now, they might have been so tried, and, if they had been so tried, and if each jury had found a verdict of guilty on the counts brought before it separately, *Rex v. Wilkes (ubi sup.)* would have been an authority absolutely in point as to the sentence, and there would not have been a pretext for saying there was the least difference. But then it is put in the argument in this way, that, when they are both tried before one jury, and when the party has not been put to his election, but the trial for both offences has taken place together, the consequence must be that he is not to be punished in the same way as he would have been if he had been tried for each before a separate jury, and he is therefore entitled to get off with less punishment. Why, I am sure I cannot conceive; nor can I see that any authority has been cited for that—at any rate, in English law; nor does it proceed on any reason.

The essence of Lord Watson’s reasoning on the point is contained in his concluding remarks (at p. 562):

But then in England it is not necessary to bring these two separate proceedings in order to try one criminal for a misdemeanour, and I see no reason whatever, even if I

déclarations de culpabilité survenaient au même moment.

(C’est moi qui souligne.)

Comme il reconnaissait que l’approche globale tendait à favoriser le pouvoir d’imposer des sentences consécutives lorsque les fins de la justice l’exigeaient, cela pourrait difficilement être concilié avec un refus de sa part de reconnaître ce pouvoir aux juges lorsque les déclarations de culpabilité avaient eu lieu «des unes après les autres» comme le disait le lord juge James dans la même affaire en Cour d’appel.

Pour appuyer le fait que tel n’était pas l’effet initialement recherché par la référence aux déclarations de culpabilité simultanées, le raisonnement de lord Blackburn, qui n’est pas discuté par le lord chancelier, est des plus éloquentes. Lord Blackburn fait une analyse de ce qu’aurait pu être l’incidence sur ces questions d’une autorisation de procès séparés et dit (à la p. 559):

[TRADUCTION] Il est clair que si la Cour avait voulu accorder la requête, ces deux chefs auraient pu être jugés l’un à Londres devant un jury londonien et l’autre dans le Middlesex devant un jury du Middlesex; et n’eût été de l’Act relating to the Central Criminal Court, qui accorde à cette cour juridiction sur les deux, ils auraient dû être ainsi jugés. Mais, même maintenant, ils auraient pu être ainsi jugés et dans ce cas, si chaque jury avait rendu un verdict de culpabilité sur les chefs portés devant lui séparément, l’affaire *Rex v. Wilkes (ubi sup.)* aurait été une autorité tout à fait pertinente quant à la sentence, et il n’y aurait eu aucun prétexte pour dire qu’il y avait la moindre différence. Mais l’argumentation porte que lorsqu’on instruit les deux chefs devant un même jury, que l’accusé n’a pas fait son option et que le procès pour les deux infractions a eu lieu en même temps, il s’ensuit qu’il ne doit pas être puni de la façon dont il l’aurait été s’il avait subi son procès pour chacun des chefs devant un jury différent et qu’il peut en conséquence s’en tirer avec une peine moindre. Je ne peux certainement pas concevoir pourquoi; je constate aussi qu’aucune autorité n’a été citée à cet effet, du moins en droit anglais; je n’en vois pas le fondement.

On trouve l’essentiel du raisonnement de lord Watson sur la question dans ses remarques finales (à la p. 562):

[TRADUCTION] Mais c’est qu’en Angleterre, il n’est pas nécessaire d’avoir recours à ces deux procédures séparées pour qu’un criminel soit jugé pour un délit, et

accept that decision as law, for holding that if you can tack together two periods of the full amount, one for each offence, when you try by separate indictments, the same may not be done when two offences are tried upon the same indictment. And still further, it appears to me among the cases cited at the bar there is to be found, not only sufficient authority, but ample authority for the proposition that such a sentence is sustainable, and is good according to the law of England.

It therefore seems clear to me that in 1869 the law in England and in Canada as regards all offences was still what the House of Lords had said it was in *Wilkes* as regards misdemeanours; that a sentence of imprisonment, be it for a felony, a misdemeanour or an offence punishable summarily, be it imposed by an assize court, a court of quarter sessions or a petty sessions court, could be ordered to be served consecutively to a sentence already imposed notwithstanding the fact that the former sentence had been imposed at the same time, immediately before the latter; that the sole restriction was that the sentence be tacked on to a previous sentence not yet completely served; and there was no requirement that the first sentence be already "adjudged" at the time of the conviction for the second offence but only that the first sentence be "adjudged" at the time of the imposition of the second sentence. It is therefore equally clear that the judges' reference to judgments, sentences, or convictions at the same time, was only to ensure that the fact of imposing more than one sentence of imprisonment at the same time would not be a bar to a judiciary power to order that they be served consecutively; and it was immaterial to the judges whether the sentences were imposed following a trial on several counts in one indictment, or several indictments, and whether they were tried at the same time or one after the other. The latter portion of the rule was to extend the power, not limit it; the problem they had addressed was the simultaneity of the imposition of the sentences, (the judgments or adjudgments) not that of the convictions (the determinations or verdicts).

je ne vois aucune raison, même si j'accepte cette décision comme énonçant le droit, pour décider que si l'on peut joindre deux périodes maximales, une pour chaque infraction, lorsqu'on poursuit par actes d'accusation distincts, la même chose ne peut être faite lorsque les deux infractions font l'objet du même acte d'accusation. Et, bien plus, parmi les affaires citées devant nous, je constate que l'on retrouve, une jurisprudence non seulement suffisante, mais encore abondante pour appuyer la proposition voulant qu'une telle sentence soit soutenable et bonne suivant le droit d'Angleterre.

Il me semble donc clair qu'en 1869, en Angleterre et au Canada, le droit relativement à toutes les infractions était toujours tel que la Chambre des lords l'avait énoncé dans l'affaire *Wilkes* relativement aux délits; qu'on pouvait ordonner qu'une sentence d'emprisonnement, que ce soit pour une félonie, un délit ou une infraction punissable sommairement, qu'elle soit imposée par une cour d'assise, une cour des sessions trimestrielles ou un tribunal des juges de paix, soit purgée consécutivement à une sentence déjà imposée, nonobstant le fait que la première sentence avait été imposée au même moment, immédiatement avant l'autre; que la seule limite était que la sentence soit jointe à une sentence précédente qui n'était pas encore entièrement purgée; et rien n'exigeait que la première sentence soit déjà «prononcée» au moment de la déclaration de culpabilité à l'égard de la seconde infraction mais seulement que la première sentence soit «prononcée» au moment de l'imposition de la seconde sentence. Il est en conséquence également clair que la référence faite par les juges aux jugements, sentences ou déclarations de culpabilité prononcés au même moment visait seulement à assurer que le fait d'imposer plus d'une sentence d'emprisonnement au même moment n'empêcherait pas le pouvoir judiciaire d'en ordonner le cumul; et pour les juges, peu importait que les sentences aient été imposées par suite d'un procès sur plusieurs chefs dans un seul acte d'accusation, ou sur plusieurs actes d'accusation, et qu'ils aient été jugés au même moment ou les uns après les autres. La dernière partie de la règle devait étendre le pouvoir et non pas le limiter; le problème auquel ils étaient confrontés était celui de la simultanéité de l'imposition des sentences (des jugements ou des prononcés) et non des déclarations de culpabilité (des déterminations ou verdicts).

THE ENGLISH DRAFT CODE

This interpretation of what the law was in 1869 and still was at the time of the *English Draft Code* of 1878, that of 1879, and our own *Code* of 1892, is borne out by what Sir James Stephen said in a memorandum "Showing the alterations proposed to be made in the existing law by the *Criminal Code* (indictable offences) Bill, if amended, as proposed by the Attorney General". The Bill there referred to is Bill 178, (41 Vict.), and its proposed *Code* is not to be confused with the *Code* proposed by the Royal Commissioners who were appointed to examine that *Code* and reported to Parliament on the matter with their own version of what the *Code* should be. (Stephen, in his *History of the Criminal Law of England*, vol. 1, 1883, at p. vi of the Preface, refers to the former as the 1878 *Draft Code* and to the latter as the 1879 *Draft Code*). In the course of commenting on Clause 15 of Bill 178 which dealt with cumulative sentences, Stephen said:

As the law now stands, if a man is convicted of more offences than one, he may in all cases be sentenced to any punishment to which he may be sentenced for any such offence, and each sentence may be made to begin at the expiration of the preceding one. Thus a man convicted of aiding three separate persons to escape from prison might be sentenced to three successive terms of two years' imprisonment and hard labour; in other words, to six years' imprisonment with hard labour. By Clause 15 a scale is provided according to which a sentence of penal servitude might be passed in such cases.

That this was so is further borne out in his Fourth and Fifth Edition of his *Digest of the Criminal Law*. In his Fourth Edition (1887), he describes the law as follows (at pp. 18-19):

## CUMULATIVE PUNISHMENTS

Wherever sentence is passed for felony on a person already imprisoned under sentence for another crime, the Court may award imprisonment for the subsequent offence to commence at the expiration of the imprisonment to which such person was previously sentenced. When such a person is already under sentence either of imprisonment or transportation, the Court, if empow-

LE ENGLISH DRAFT CODE

Cette interprétation de ce que le droit était en 1869 et était encore au moment du *English Draft Code* de 1878, de celui de 1879, et de notre propre *Code* en 1892, est confirmée par ce que sir James Stephen disait dans un mémoire [TRADUCTION] «Montrant les modifications du droit par le projet de loi sur le *Code criminel* (infractions criminelles) s'il est modifié comme le propose le Procureur général». Le projet de loi auquel on se réfère ici est le projet de loi 178, (41 Vict.), et son projet de *Code* ne doit pas être confondu avec celui proposé par les commissaires royaux nommés pour l'examiner et qui ont fait rapport au Parlement sur la question avec leur propre version de ce que le *Code* devrait être. (Stephen, dans son *History of the Criminal Law of England*, t. 1, 1883, à la p. vi de la préface, appelle le premier le *Draft Code* de 1878 et le second le *Draft Code* de 1879). Commentant la clause 15 du projet de loi 178 qui traitait des sentences cumulatives, Stephen a dit:

[TRADUCTION] Dans l'état actuel du droit, si un homme est déclaré coupable de plus d'une infraction, il peut, dans tous les cas, être condamné pour chacune à une peine afférente à cette infraction, et chaque sentence peut être imposée de façon à commencer à l'expiration de la précédente. Ainsi, un homme déclaré coupable d'avoir aidé trois personnes différentes à s'évader de prison pourrait être condamné à purger trois périodes successives de deux ans de réclusion avec travail disciplinaire; en d'autres mots, à six ans de réclusion avec travail disciplinaire. La clause 15 prévoit une échelle selon laquelle une peine de travaux forcés pourrait être imposée dans de tels cas.

Que telle était la situation est encore mieux illustrée dans les quatrième et cinquième éditions de son *Digest of the Criminal Law*. Dans sa quatrième édition (1887), il décrit le droit comme suit (aux pp. 18 et 19):

[TRADUCTION]

## PEINES CUMULATIVES

Chaque fois qu'une sentence est imposée pour une félonie à une personne déjà emprisonnée par suite d'une sentence pour un autre crime, la Cour peut ordonner que l'emprisonnement pour l'infraction subséquente commence à l'expiration de l'emprisonnement auquel cette personne a antérieurement été condamnée. Lorsqu'une telle personne est déjà sous le coup d'une sentence

ered to pass sentence of penal servitude, may award such sentence for the subsequent offence, to commence at the expiration of the imprisonment or penal servitude to which such person was previously sentenced, although the aggregate term of imprisonment or penal servitude respectively may exceed the term for which either of those punishments could be otherwise awarded.

When an offender is convicted of more misdemeanors than one, he may be sentenced to a separate punishment for each offence, and the Court may, if it thinks fit, direct that the one punishment shall not begin until the other has been undergone.

(My emphasis.)

There is no mention whatsoever of a requirement for the convictions being at one and the same time; the only reference is inferentially to the fact that the sentences are being imposed by the same court presumably at the same time. Neither is there a requirement that at the time of the second conviction the sentence for the former conviction be already imposed.

The four Royal Commissioners, one of whom was Sir James Fitzjames Stephen, in their *Draft Code* of 1879 proposed the adoption of the following section:

Section 17.  
Sentences may be cumulative.

This expresses the common law as to misdemeanours, and the statute law as to felonies. See 7 & 8 Geo. IV, c. 28, s. 10 (England), and 9 Geo. IV, c. 54, s. 20 (Ireland). See the Report, p. 17. This proviso is new.

When an offender is convicted of more offences than one before the same Court at the same sitting, or when any offender undergoing punishment for one offence is convicted of any other offence, the Court may on the last conviction direct that the sentences passed upon him for his several offences shall take effect one after the other, or after the expiration of the punishment which he is undergoing at the time of his last conviction:

Provided that no cumulative sentence of imprisonment shall be passed on any offender so as to subject him to any continuous period of imprisonment exceeding two years; . . .

(My emphasis.)

As I have already mentioned earlier, the Commissioners were the first to speak of convictions "before the same court at the same sitting" and to resort to "a conviction-to-sentence" relation in the stead of a "sentence-to-sentence" relation, which at first glance would appear to be a departure

d'emprisonnement ou de relégation, si la Cour est investie du pouvoir de rendre une sentence de travaux forcés, elle peut ordonner que la sentence pour l'infraction subséquente commence à l'expiration de l'emprisonnement ou des travaux forcés auxquels cette personne a antérieurement été condamnée, même si la période totale d'emprisonnement ou de travaux forcés, respectivement, peut excéder la période pour laquelle l'une ou l'autre de ces peines pourrait autrement être imposée.

Lorsqu'un délinquant est déclaré coupable de plus d'un délit, il peut être condamné à des peines distinctes pour chaque infraction, et la Cour peut, si elle le croit approprié, prescrire qu'une peine ne commencera pas avant que l'autre n'ait été purgée.

(C'est moi qui souligne.)

Rien n'indique qu'il faut que les déclarations de culpabilité soient prononcées à un seul et même moment; la seule indication qu'on puisse en tirer est le fait que les sentences sont imposées par la même cour, vraisemblablement au même moment. Rien n'exige non plus qu'au moment de la seconde déclaration de culpabilité, la sentence pour la première infraction soit déjà imposée.

Les quatre commissaires royaux, dont l'un était sir James Fitzjames Stephen, ont proposé, dans leur *Draft Code* de 1879, l'adoption de l'article suivant:

[TRADUCTION] Article 17.

Cela exprime l'état de la *common law* quant aux délits et de la législation quant aux félonies. Voir 7 & 8 Geo. IV, chap. 28, art. 10 (Angleterre), et 9 Geo. IV, chap. 54, art. 20 (Irlande). Voir le Rapport, p. 17. Cette condition est nouvelle.

Les sentences peuvent être cumulatives. Lorsqu'un délinquant est convaincu de plus d'une infraction devant la même cour, pendant la même session, ou lorsqu'un délinquant qui purge une peine pour une infraction est convaincu d'une autre infraction, la cour peut, lors de la dernière condamnation, ordonner que les sentences qui lui sont imposées pour ses différentes infractions entrent en vigueur les unes après les autres ou à l'expiration de la peine qu'il subit au moment de sa dernière condamnation:

A condition qu'aucune sentence cumulative d'emprisonnement ne soit imposée à un délinquant de manière à le soumettre à une période continue d'emprisonnement supérieure à deux ans; . . .

(C'est moi qui souligne.)

Comme je l'ai déjà mentionné, les commissaires furent les premiers à parler de déclarations de culpabilité «devant la même cour pendant la même session» et à recourir à un rapport «condamnation—sentence» plutôt qu'à un rapport «sentence—sentence», ce qui semblerait à première vue s'écarter

from what the law was at the time. Could the marginal note be an illustration of the underlined portion of what Lord Chief Justice Cockburn meant in his letter to the Attorney General of June 12, 1879 commenting on the *Code*:

Not only is there much room for improvement as regards arrangement and classification, but the language used is not always perspicuous, or happily chosen, while the use of provisoes, an objectionable mode of legislation, is carried to an unusual excess, nor is the intention always clear; and, what is still more important, the law is, in many instances, left in doubt, and I am bound to say, in my opinion, not always correctly stated. As to this, however, I ought to add that I am often left in doubt whether particular passages are intended to be a statement of the existing law or a proposed alteration of it.

(Emphasis added.)

Indeed the law, as it then stood, would have been accurately stated had the section read "... or when any offender undergoing punishment for one offence is *sentenced* for any other offence ...". Clearly, a curtailment of the judges' sentencing powers was made through the requirement for the existence of the previous sentence at the time of the conviction for the other offence and not only at the time of the imposition of the sentence, if the two or more sentences were not imposed by the same court at the same sitting. If the sentence was imposed by a different court, or, if by the same court, not at the same sitting, it could still be made consecutive to a previous sentence but only if it had been adjudged at the time of the conviction for the second offence. Why this change?

I have searched, to no avail, trying to discover some pronouncement by the Commissioners or their contemporaries which might shed some light on the matter: *Wilkes*, *Cutbush*, *Castro*, and all the statutes were clear on the matter: a judge could "tack on" a sentence of imprisonment to one already imposed. One cannot discard that fact and see a mere Commissioners' oversight in their referring to the time of conviction in their proposed section.

ter de ce qu'était l'état du droit à l'époque. La note marginale serait-elle une illustration de ce que le juge en chef lord Cockburn voulait dire dans la partie soulignée de sa lettre au Procureur général, en date du 12 juin 1879, dans laquelle il commentait le *Code*:

[TRADUCTION] Non seulement l'organisation et la classification laissent beaucoup à désirer, mais les termes ne sont pas toujours clairs, ou habilement choisis, tandis que l'emploi de clauses conditionnelles, un mode de législation critiquable, est utilisé à outrance, et l'intention n'est pas toujours claire non plus; et, ce qui est encore plus important, le droit demeure, dans bien des cas, incertain, et je suis obligé de dire qu'à mon avis, il n'est pas toujours énoncé correctement. A cet égard cependant, je devrais ajouter que je me suis demandé à plusieurs reprises si certains passages se veulent des énoncés du droit existant ou plutôt des propositions de changement.

(C'est moi qui souligne.)

En effet l'état du droit aurait été énoncé avec justesse si l'article s'était lu: « ... ou lorsqu'un délinquant qui purge une peine pour une infraction se voit *imposer une peine* pour une autre infraction ... ». On a clairement restreint les pouvoirs des juges en matière d'imposition de sentences en exigeant qu'une sentence existe au moment de la déclaration de culpabilité de l'autre infraction et non seulement au moment de l'imposition de la sentence, si les deux ou plusieurs sentences ne sont pas imposées par la même cour pendant la même session. Si la peine est imposée par une cour différente ou par la même cour mais pas à la même session, elle peut tout de même être consécutive à une sentence antérieure, mais seulement si cette dernière avait déjà été prononcée au moment de la déclaration de culpabilité de la deuxième infraction. Pourquoi ce changement?

J'ai cherché en vain à découvrir des déclarations des commissaires ou de leurs contemporains qui auraient pu jeter de la lumière sur la question. Les affaires *Wilkes*, *Cutbush*, *Castro* et toutes les lois étaient claires sur la question: un juge pouvait «joindre» une peine d'emprisonnement à une autre déjà imposée. On ne peut écarter ce fait et considérer comme une simple inadvertance des commissaires leur référence au moment de la déclaration de culpabilité dans leur projet d'article.

My best surmise is that this curtailment of the consecutive sentencing power was suggested in order to protect better the accused from sentences of unwarranted length, which I should like to recall is one of the two rationales upon which the very power of consecutive sentencing rests in the first place. Indeed, I suggest they wanted to avoid the imposition of a consecutive sentence by a judge to previous sentence in which another judge had taken the second conviction "into account" in determining its duration. One must recall that, at the time, the English practice of "taking into account" was only beginning to develop and really started to be regulated through practice directives only at the turn of the century. It must have appeared to the Commissioners that the way best to preclude the two sentencing judges from each in turn taking into account the two convictions was to deny the second sentencing judge the power to impose a consecutive sentence if there was a danger that the first sentencing judge had taken the two convictions into account. Now this could only happen if the first sentencing judge had not yet sentenced at the time of the other conviction; by requiring that he have, the danger no longer existed as he could not take into account a conviction that did not yet exist. If I am right as to the Commissioners' purpose, we must then assume that they did not intend to change the law when the sentences were being adjudged by the same judge or "sitting" of judges. Indeed the mischief they sought to avoid could not happen when the sentencing judge or judges were the same person(s) who sat at the trial or different trials resulting in the convictions.

This still would require explaining why the rule, had this been their purpose, was not framed by saying so and by using language referring to the passing of the sentences by the same judge, in the stead of framing it in terms of conviction "before the same court at the same sitting".

Ma supposition la plus vraisemblable est que l'on a suggéré cette limitation du pouvoir d'imposer des sentences consécutives afin de mieux protéger l'accusé contre des sentences indûment longues, ce qui, je dois le rappeler, est l'un des deux fondements sur lesquels se trouve à reposer le pouvoir même d'imposer des sentences consécutives. En effet, je pense qu'ils voulaient éviter qu'un juge impose une sentence qui soit consécutive à une autre dont la durée aurait été déterminée par un autre juge en «prenant en considération» la deuxième déclaration de culpabilité. On doit se rappeler qu'à cette époque, la pratique anglaise de la «prise en considération» commençait à peine à se développer et ce n'est qu'au tournant du siècle qu'elle commença véritablement à être réglem-entée au moyen de règles de pratique. Il a dû sembler aux commissaires que le meilleur moyen d'éviter que les deux juges devant prononcer une sentence prennent tous deux en considération les deux déclarations de culpabilité était de refuser au deuxième juge le pouvoir d'imposer une sentence consécutive s'il y avait un risque que le premier juge ait pris en considération les deux déclarations de culpabilité. De fait cela ne pouvait se produire que si le premier juge n'avait pas encore prononcé sa sentence au moment de l'autre déclaration de culpabilité; en exigeant qu'il l'ait déjà prononcée, le risque n'existait plus puisqu'on ne peut prendre en considération une déclaration de culpabilité qui n'existe pas encore. Si j'ai raison quant au but poursuivi par les commissaires, on doit dès lors présumer qu'ils n'ont pas voulu changer le droit lorsque les sentences devaient être prononcées par le même juge ou le même «banc» de juges. En effet, le problème qu'ils voulaient éviter ne pouvait se produire lorsque le juge ou le «banc» devant prononcer une sentence était celui qui avait siégé au procès ou aux différents procès ayant donné lieu à des déclarations de culpabilité.

Si tel avait été leur but, il faudrait encore que l'on explique pourquoi la règle ne le dit pas expressément et ne parle pas du prononcé des sentences par le même juge, plutôt que de parler de déclaration de culpabilité «devant la même cour pendant la même session».

One must not overlook the context in which the framing of the rule took place. At the time, even though terms had been abolished since 1873 by 36 & 37 Vict., c. 66, s. 26, the sittings of assizes and quarter sessions courts (be they county or borough) were during given periods of time. Notwithstanding the establishment of a superior court of judicature in 1873 and the special provisions that were made for sittings in Middlesex and London, the following description of how assizes and quarter sessions were held was still reasonably accurate in 1879. In *Leverson v. The Queen*, (1869) L.R. 4 Q.B. 394, the comments of Chief Justice Cockburn shed light on the meaning of the words "same court" and "same sitting" and possibly even more so on the conjunctive use of those words in the *Draft Code's* proposed section. In addressing one of the issues in the case he felt it necessary to describe how commissions of "oyer and terminer" were carried out (at p. 403):

Now, from the earliest period, commissions of oyer and terminer have been framed in the same terms as are employed in the statute in question. In these commissions a certain specified number of the persons, some of whom are named, are always constituted a quorum. Yet, for centuries the trials of offences under such commissions upon the circuits of the judges, have been held before a single judge, and the proceedings are nevertheless represented on the record as taking place not before one judge but before the other judges sitting under the commission. Now, this, we apprehend, must have proceeded on the ground that, while the whole body of the justices named in the commission constituted the Court of oyer and terminer, each judge sitting under it represented the Court; so that whatever took place before the single judge was considered as done, constructively, before the whole Court. Hence, at the assizes, every trial on the criminal side of the Court, even when the trial takes place not before a judge but before a serjeant or Queen's counsel, is represented on the record (as is also the case on trials at nisi prius) as taking place before both the judges of the superior courts 'and other justices their fellows'.

(at pp. 403-04)

All this seems to us to shew that, under a commission of oyer and terminer, not only may the general Court be

On ne doit pas ignorer le contexte dans lequel la règle a été formulée. A l'époque, bien que les termes aient été abolis depuis 1873, par 36 & 37 Vict., chap. 66, art. 26, les sessions des cours d'assises et des cours de sessions trimestrielles (qu'elles soient de comté ou de municipalité) avaient lieu pendant des périodes de temps préfixes. En dépit de l'instauration d'une cour supérieure de justice en 1873 et des dispositions particulières régissant les sessions dans le Middlesex et à Londres, la description suivante de la manière dont se tenaient les assises et les sessions trimestrielles était encore raisonnablement exacte en 1879. Dans *Leverson v. The Queen*, (1869) L.R. 4 Q.B. 394, les commentaires du juge en chef Cockburn éclairaient le sens des mots «même cour» et «même session» et, probablement plus encore, l'emploi conjoint de ces mots dans le projet d'article du *Draft Code*. Abordant une des questions en litige dans l'affaire, il a jugé nécessaire de décrire le fonctionnement des commissions d'«oyer and terminer» (à la p. 403):

[TRADUCTION] Ainsi, depuis la période la plus ancienne, les commissions d'«oyer and terminer» ont été formulées dans les mêmes termes que ceux utilisés dans la loi en question. Dans ces commissions, le quorum est toujours constitué d'un nombre spécifié de personnes dont quelques-unes sont désignées nommément. Pourtant, depuis des siècles, les procès en vertu de telles commissions, lors des circuits des juges, ont été tenus devant un juge seul, bien que le dossier indique que les procédures se sont déroulées non pas devant un juge mais devant les autres juges siégeant en vertu de la commission. Mais cela, croyons-nous, a dû se produire parce que, tandis que l'ensemble des juges nommés dans la commission constituait la cour d'«oyer and terminer», chaque juge siégeant en vertu de la commission représentait la cour; de telle sorte que tout ce qui se passait devant un juge seul était réputé fait, par interprétation, devant la cour toute entière. D'où le fait qu'aux assises, même lorsque le procès devant la division criminelle de la cour n'a pas lieu devant un juge mais devant un magistrat ou un conseiller de la Reine, le dossier indique (ce qui est aussi le cas pour les procès au nisi prius) qu'il s'est déroulé à la fois devant les juges des cours supérieures «et d'autres juges leurs collègues».

(aux pp. 403 et 404)

[TRADUCTION] Tout cela nous semble démontrer qu'en vertu d'une commission d'«oyer and terminer», non

divided into as many courts as convenience may require, but that each separate Court is to be considered as held not only before the judge actually sitting, but also, constructively, before all the members of the commission then acting under it.

(at p. 404)

Applying, therefore, the inveterate practice of the criminal courts of this country to the proceedings of the Central Criminal Court it appears to us that, while there were other judges under the same commission, sitting at the then sessions, the presence of a second member of the commission in the Court presided over by Mr. Commissioner Kerr on the trial of this indictment was unnecessary. It would have been in our judgment sufficient and perfectly proper, in accordance with the general practice of criminal courts, to state on the record that the proceedings were heard before Mr. Commissioner Kerr and any other judge actually sitting under the commission in one of the other courts; or, indeed, before any two judges actually sitting in the principal Court.

(at p. 406)

According to the practice of centuries, the judges acting under the latter commissions, as well as those acting under the commissions of nisi prius, have been in the habit of dividing their courts, and of sitting, when business required it, in two or more courts for the dispatch of business at the same time.

(My emphasis.)

Added to this is the fact that, at the time, sentences were of necessity pronounced (adjudged) before the end of the assize or the session otherwise, save certain exceptions, the court lost jurisdiction over the convict. This was at least certainly the case for courts of quarter sessions. As a result the only cases where a "same court" could pronounce more than one sentence at the same time on the same person would be for convictions determined during the current sittings of that assize or quarter session. Indeed, the later of two convictions during different assizes or sessions would of

seulement la cour générale peut être divisée en autant de cours que cela peut être nécessaire, mais que chaque cour distincte doit être considérée comme tenue non seulement devant le juge siégeant de fait, mais également, par interprétation, devant tous les membres de la commission agissant en vertu de celle-ci.

(à la p. 404)

[TRADUCTION] Appliquant, par conséquent, la pratique enracinée des cours criminelles de ce pays aux procédures de la Central Criminal Court, il nous semble que la présence d'un second membre de la commission à la cour présidée par M. le commissaire Kerr, alors qu'il y avait d'autres juges qui, en vertu de la même commission, siégeaient aux sessions alors tenues, n'était pas nécessaire au procès relatif à cet acte d'accusation. A notre avis, il aurait été suffisant et parfaitement adéquat, conformément à la pratique ordinaire des cours criminelles, d'indiquer au dossier que les procédures s'étaient déroulées devant M. le commissaire Kerr et tout autre juge siégeant effectivement, en vertu de la commission, dans l'une des autres cours; ou, bien sûr, devant deux juges siégeant effectivement dans la cour principale.

(à la p. 406)

[TRADUCTION] Conformément à la pratique séculaire, les juges agissant en vertu de ces dernières commissions, aussi bien que ceux agissant en vertu des commissions nisi prius, avaient l'habitude de diviser leurs cours, et de siéger, lorsque les affaires l'exigeaient, en deux ou plusieurs cours au même moment pour l'expédition des affaires.

(C'est moi qui souligne.)

A cela s'ajoute le fait qu'à l'époque, les sentences étaient nécessairement prononcées (décrétées) avant la fin des assises ou de la session faute de quoi, à certaines exceptions près, la cour perdait juridiction sur le condamné. A tout le moins, c'était certainement le cas des cours des sessions trimestrielles. En conséquence, les seuls cas où une «même cour» pouvait prononcer plus d'une sentence au même moment contre la même personne étaient ceux des déclarations de culpabilité rendues pendant la session courante de ces assises ou sessions trimestrielles. En effet, la dernière de deux



necessity have been determined whilst the person was already under sentence for the previous conviction.

Assuming that they were codifying without any modification that part of the consecutive sentencing common law rule, this construction of those words is the only one that results in the rule applying as would have the common law.

By reference to “the same court at the same sitting” the Commissioners were in effect ensuring that the sentences were being imposed by the same judge or panel of judges. That was their purpose. Those words were chosen to effect that purpose given the judicial structures and procedures of the time and in that country. As I said, this construction of their purpose (codifying the common law whilst avoiding double sentencing) and of their reasons for resorting to the words “the same court at the same sitting” is the only way to explain what they did; the only other alternative is to recognize that they misread *Wilkes* and considered the words of the Lord Chancellor in *Castro* and those of the Lord Chief Justice in *Cutbush* completely out of context and gave them a purely literal meaning. That approach, I must admit, is tempting as it could make this case much more simple. But, I cannot for a moment believe that those jurists had misread the law. I find in subsequent events confirmation of this opinion as regards the purpose for referring to “same court” and “same sitting”. Indeed as long as there were in England and in Wales assizes and quarter sessions the law was stated in various publications by referring to convictions “on the same indictment or at the same assizes” (J.F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, 9th ed., by L.F. Sturge, 1950, at p. 51) or at the same quarter sessions. But when courts of assizes and of quarter sessions and the practice of issuing commissions to hold court were abolished in 1971 (*Courts Act 1971*; *Halsbury’s Statutes of England*, 3rd ed., vol. 41, at p. 285 et seq.), the law no longer required the convictions being made at the “same sitting” as is illustrated by what the law is said today to be in *The English*

déclarations de culpabilité prononcées pendant des assises ou sessions différentes devait nécessairement l’avoir été alors que la personne était déjà sous le coup d’une sentence à l’égard de la première déclaration de culpabilité .

Tenant pour acquis qu’ils codifiaient sans aucune modification cette partie de la règle de *common law* sur le cumul des sentences, cette interprétation de ces mots est la seule qui permet d’appliquer la règle comme l’aurait fait la *common law*.

En parlant de «la même cour pendant la même session», les commissaires s’assuraient en fait que les sentences seraient imposées par le même juge ou groupe de juges. Tel était leur but. Ces mots ont été choisis à cette fin, compte tenu des structures judiciaires et des procédures de l’époque dans ce pays-là. Comme je l’ai dit, cette interprétation de leur but (codifier la *common law* tout en évitant la double imposition de sentences) et de leurs motifs pour avoir utilisé les mots «la même cour pendant la même session» est la seule façon d’expliquer ce qu’ils ont fait; la seule autre possibilité est de reconnaître qu’ils ont mal interprété l’arrêt *Wilkes* et ont considéré les propos du lord chancelier dans l’arrêt *Castro* et ceux du lord juge en chef dans l’arrêt *Cutbush* tout à fait hors contexte et leur ont donné un sens purement littéral. Cette façon de voir, je dois le reconnaître, est séduisante car elle rendrait la présente affaire beaucoup plus simple. Mais je ne peux même un instant croire que ces juristes ont mal interprété le droit. Je trouve dans des événements postérieurs une confirmation de cette opinion sur le but recherché par l’emploi de «même cour» et «même session». En effet, tant qu’il y eut en Angleterre et au Pays de Galles des assises et des sessions trimestrielles, on trouve dans plusieurs publications un énoncé du droit se référant à des déclarations de culpabilité [TRADUCTION] «sur le même acte d’accusation ou aux mêmes assises» (J.F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law*, 9<sup>e</sup> éd., par L.F. Sturge, 1950, à la p. 51) ou à la même session trimestrielle. Mais lorsque les cours d’assises et de sessions trimestrielles et la pratique de délivrer des commissions pour tenir audience ont été abolies en 1971 (*Courts Act 1971*; *Halsbury’s Statutes of*

and *Empire Digest*, Vol. 14(2), at p. 690\*, case 5768:

The power to pass a sentence of imprisonment to commence at the expiration of a previous sentence has always existed at common law where the offences for which the sentences were passed are misdemeanours, & since the enactment of Criminal Law Act 1827, s. 10 (repealed), in the cases of felonies, & it is immaterial whether the two sentences are passed in respect of charges made by separate indictments or separate counts in one indictment & tried at the same assizes or session or in respect of charges tried at separate assizes or sessions, or whether the offence for which sentence was last passed was committed before or after the offence for which sentence was first passed.

Therefore, I feel that I am not taking unreasonable liberty with the Commissioners' words and that I am justified in making the assumption I have as to their purpose for resorting to those words.

#### CANADIAN LAW

In 1886, the Canadian Parliament adopted the first paragraph of s. 17 of the 1879 *English Draft Code*. Section 27 of R.S.C. 1886, c. 181, *An Act respecting Punishments, Pardons and the Commutation of Sentences*, reads as follows:

27. When an offender is convicted of more offences than one, before the same court or person at the same sitting, or when any offender, under sentence or undergoing punishment for one offence, is convicted of any other offence, the court or person passing sentence may, on the last conviction, direct that the sentences passed upon the offender for his several offences shall take effect one after another. 32-33 V., c. 29, s. 92.

(My emphasis.)

That is exactly what came into our first *Code* in 1892 (s. 954).

\* Reference at that page to paragraph 299 of vol. 11 of Halsbury's Laws (4th ed.) is a misprint and should be to paragraph 495.

*England*, 3<sup>e</sup> éd., t. 41, aux pp. 285 et suiv.), il ne fut plus nécessaire en droit que les condamnations soient prononcées à la «même session» comme l'illustre *The English and Empire Digest*, t. 14(2), à la p. 690\*, cas 5768, qui énonce ce que serait le droit actuel:

[TRADUCTION] Le pouvoir d'ordonner qu'une sentence d'emprisonnement commence à l'expiration d'une sentence antérieure a toujours existé en *common law* lorsque les infractions pour lesquelles les sentences étaient imposées étaient des délits, & depuis la promulgation de l'art. 10 de la Criminal Law Act de 1827 (abrogé), dans les cas de félonies, & il importe peu que les deux sentences soient imposées à l'égard d'accusations portées dans des actes d'accusation distincts ou des chefs distincts dans un acte d'accusation & jugées aux mêmes assises ou sessions ou à l'égard d'accusations jugées à des assises ou sessions distinctes, ou que l'infraction pour laquelle la dernière sentence a été imposée ait été commise avant ou après l'infraction pour laquelle la première sentence fut imposée.

En conséquence, j'estime ne pas étirer indûment le sens des mots utilisés par les commissaires et être justifié de poser l'hypothèse que j'ai posée quant au but qu'ils poursuivaient en ayant recours à ces mots.

#### LE DROIT CANADIEN

En 1886, le Parlement canadien adoptait le premier paragraphe de l'art. 17 du *English Draft Code* de 1879. L'article 27 des S.R.C. 1886, chap. 181, un *Acte concernant les peines, pardons et commutations de sentences*, se lit comme suit:

27. Lorsqu'un individu est convaincu de plus d'une infraction devant une même cour ou personne, et à la même session, ou lorsqu'un individu qui subit une punition pour une infraction est convaincu d'une autre infraction, la cour ou la personne prononçant la sentence peut, lors de la dernière conviction, ordonner que les condamnations portées contre lui pour ses différentes infractions soient mises à effet l'une après l'autre. 32-33 V., c. 29, art. 92.

(C'est moi qui souligne.)

C'est exactement ce qui fut intégré à notre premier *Code* en 1892 (art. 954).

\* La mention à cette page-là du paragraphe 299 du t. 11 de Halsbury's Laws (4<sup>e</sup> éd.) est une erreur et devrait se lire paragraphe 495.

I assume that Parliament when enacting that section in the statute in 1886 and later on in the *Code* intended to enact the common law to the extent and with the limitation intended by the Commissioners in the *English Draft Code*. Though the same purpose could have been achieved more simply, the relevance of referring to "same court" and "same sitting" was still present. The word "court" when used at the time in the *Code* or when defined referred not to the trier of fact (as in s. 644 of the present *Code*), but to the court system such as, assizes, quarter, general, or petty sessions, county court, or superior courts, or courts of criminal jurisdiction. The expression the "same court" did not, without some special context or further precision, necessarily mean the same judge. Terms and sessions of courts were held at regular periods during the year and certain judges could sit alone and constitute the court whilst others had to sit together (see as an illustration R.S.O. 1887, c. 48; or R.S.Q. 1888, ss. 2464 to 2474). The conjunctive use of "same court" with "same sitting" did therefore still make sense. But not for long. The court system evolved and courts were presided over by one judge. The context changed but, alas, not the words of the section.

In 1927 the word "sitting" was changed to "sittings". I do not think that much turns upon this and I believe that it is merely semantic; if anything, it could indicate on the part of Parliament an intent not to limit "the same sitting" to meaning a conviction for many offences on the same day.

The last change to the section occurred in 1953 where the words "or person" were deleted. This is explained by the introduction in the *Code* (s. 620) of a definition of the word "court" specific to that part of the *Code* (Part XX, *Punishments, Fines, Forfeitures, Costs and Restitution of Property*) that I have reproduced at the beginning of this opinion now being s. 644. Whatever relevance to the purpose sought a conjunctive resort to the

Je présume qu'en adoptant cet article dans la loi de 1886 et plus tard dans le *Code*, le Parlement voulait adopter la *common law* dans la mesure et avec les réserves voulues par les commissaires dans le *English Draft Code*. Bien que l'on eût pu atteindre le même but plus simplement, il était toujours pertinent de mentionner la «même cour» et la «même session». Quand le *Code* de l'époque utilisait le mot «cour» ou le définissait, il ne s'agissait pas du juge des faits (comme c'est le cas à l'art. 644 du *Code* actuel) mais de l'organisation judiciaire telle les assises, les cours trimestrielles, générales, le tribunal des juges de paix, les cours de comté ou cours supérieures, ou les cours de juridiction criminelle. L'expression la «même cour», à moins d'un contexte particulier ou de précisions additionnelles, ne signifiait pas nécessairement le même juge. Les termes et sessions des cours étaient tenus à des périodes régulières durant l'année et certains juges pouvaient siéger seuls et constituer une cour tandis que d'autres devaient siéger ensemble (voir à titre d'illustration R.S.O. 1887, chap. 48; ou S.R.Q. 1888, art. 2464 à 2474). Par conséquent, l'utilisation conjointe de «même cour» et «même session» était encore logique. Mais pas pour longtemps. L'organisation judiciaire a évolué et les cours furent présidées par un seul juge. Le contexte a changé mais, hélas, pas le texte de l'article.

En 1927, le mot «*sitting*» (session) a été mis au pluriel dans la version anglaise. Je ne pense pas que l'on puisse en déduire grand chose et je crois qu'il s'agit d'une modification de pure terminologie; tout au plus pourrait-elle indiquer une volonté du législateur de ne pas restreindre le sens de «la même session» à une déclaration de culpabilité prononcée le même jour relativement à plusieurs infractions.

La dernière modification de l'article est survenue en 1953 lorsque les mots «ou personne» ont été enlevés. Cela s'explique par l'adoption dans le *Code* (art. 620) d'une définition du mot «cour» particulière à cette partie du *Code* (Partie XX, *Peines, Amendes, Confiscations, Frais et Restitution de biens*), soit l'actuel art. 644 que j'ai reproduit au début de ces motifs. Quelle qu'ait pu être encore en 1953 la pertinence de l'emploi conjoint

words “same court” and “same sittings” still had in 1953, it practically disappeared by virtue of the introduction of that definition (save the reference to “court” in the definition).

The traditional rules of construction of statutes would suggest that Parliament intended those words to mean more than “the same judge” given the fact that the definition of court would already give the words “same court”, used in the section that very meaning, at least most of the time. Now to give the word “sittings” the meaning it had at the time of its introduction into our *Code* would make no sense. We would not know how to apply it to a court that has no “sessions” or “terms” such as is the case for our provincial courts and most if not all of our other courts. One way of interpreting those words would be to have them mean cases that were heard by the same trial judge and proceeded upon at the same time and convictions pronounced the same day. But this is far from satisfactory. There could be no useful purpose for Parliament having wanted to restrict the sentencing power in that way. Indeed, what difference does it make if a judge proceeds on various counts one after the other and decides them as he goes along instead of reserving judgment on each one and convicting on the same day? Equally puzzling would be for Parliament to have intended that “the same sittings” mean judgments on the same day in cases heard at different times? One could imagine a multiplicity of unsatisfactory scenarios. I do not think it necessary to belabour the point. Whatever meaning one tries to give today to “the same sittings” either results in a reference to a time span of judicial activity that practically no longer exists (sessions) for most courts, or else results in the granting of different sentencing powers to judges on the basis of distinctions that resist any kind of possible rationalization and, in fact, simply do not make any sense.

Now the principles that brought about the elaboration of the rules regarding cumulative sentences have not changed. Nor the purpose for referring to “the same court at the same sittings”;

des mots «même cour» et «même session» quant au but poursuivi, elle a pratiquement disparu en raison de l'adoption de cette définition (si ce n'est la référence à «une cour» dans la définition).

<sup>a</sup> Les règles traditionnelles d'interprétation des lois suggéreraient que le législateur voulait que ces mots aient une plus grande portée que l'expression «le même juge», étant donné que la définition de cour aurait déjà donné, dans la majorité des cas, ce sens précis aux mots «même cour» utilisés à l'article. En outre, donner au mot «session» la signification qu'il avait au moment de son introduction dans notre *Code* serait insensé. Nous ne saurions pas comment l'appliquer à une cour qui n'a ni «sessions» ni «termes» comme c'est le cas de nos cours provinciales et de la plupart, sinon de la totalité, de nos autres cours. On pourrait interpréter ces mots dans le sens d'affaires entendues par le même juge, instruites au même moment avec des déclarations de culpabilité prononcées le même jour. Mais c'est loin d'être satisfaisant. Le législateur n'aurait aucun intérêt pratique à avoir voulu restreindre ainsi le pouvoir d'imposer des sentences. En effet, quelle différence cela peut-il faire qu'un juge soit saisi des divers chefs, les uns après les autres, et qu'il rende son verdict au fur et à mesure, plutôt que de réserver son jugement sur chacun et de prononcer les déclarations de culpabilité le même jour? Ne serait-il pas tout aussi inexplicable que le législateur ait voulu donner à «la même session» le sens de jugements rendus le même jour dans des affaires entendues à des moments différents? On pourrait imaginer une multitude de scénarios tout autant inexplicables. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'insister davantage. Quel que soit le sens que l'on essaie de donner aujourd'hui à «la même session», cela renvoie à une époque d'activité judiciaire pratiquement révolue (les sessions) dans la plupart des cours, ou alors cela accorde aux juges des pouvoirs différents d'imposition des sentences sur la base de distinctions qui défient toute rationalisation possible et, en fait, n'ont tout simplement aucun sens.

<sup>j</sup> Les principes qui ont amené l'élaboration des règles concernant le cumul des sentences n'ont pas changé. Pas plus que le but poursuivi par l'utilisation des mots «la même cour pendant la même

we still want to avoid double sentencing without however taking away the power to impose consecutive sentences from the judge when the danger is no longer there because he is the same sentencing judge in the two or more convictions. But because the context in which that reference to “the same court at the same sittings” has drastically changed, if we give those words the same meaning they had, they will make no sense, and, in the alternative, whatever sense we could in this day and age manage to give them, they are then counterproductive of the very purpose they were intended to serve. One sure thing, they result in anything but a codification of what the common law was in the days of *Wilkes* and of what it is today in England.

### EXCEPTIONAL CONSTRUCTION

Courts have always been reluctant to giving statutes exceptional construction. This is well illustrated in the reported cases on the subject. But this reluctance did not stop courts from departing from the ordinary rules of construction if through their application the law were to become what Dickens' Mr. Bumble said it sometimes could be, “a ass, a idiot” (Dickens, *Oliver Twist*).

On the point, Maxwell has this to say (*Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12th ed., by P. St. J. Langan, 1969, at p. 228):

#### 1. Modification of the Language to Meet the Intention

Where the language of a statute, in its ordinary meaning and grammatical construction, leads to a manifest contradiction of the apparent purpose of the enactment, or to some inconvenience or absurdity which can hardly have been intended, a construction may be put upon it which modifies the meaning of the words and even the structure of the sentence. This may be done by departing from the rules of grammar, by giving an unusual meaning to particular words, or by rejecting them altogether, on the ground that the legislature could not possibly have intended what its words signify, and that the modifications made are mere corrections of careless language and really give the true meaning. Where the main object and intention of a statute are clear, it must not be reduced to a nullity by the draftsman's unskilful

session»; on veut toujours éviter la double imposition de sentences sans toutefois retirer au juge le pouvoir d'imposer des sentences consécutives lorsque le danger n'existe plus étant donné que c'est le même juge qui prononce les sentences afférentes à deux ou plusieurs déclarations de culpabilité. Mais, parce que le contexte dans lequel on a utilisé les mots «la même cour pendant la même session» a changé radicalement, ils n'auront plus de sens si on leur donne la signification qu'ils avaient. Par ailleurs, toute signification que l'on tente de donner à ces mots aujourd'hui produit un effet contraire au but véritable que l'on voulait atteindre en y recourant autrefois; chose certaine, aucune de ces significations ne résulte en une codification de ce que la *common law* était à l'époque de l'affaire *Wilkes* et de ce qu'elle est toujours aujourd'hui en Angleterre.

### L'INTERPRETATION EXCEPTIONNELLE

Les tribunaux ont toujours été réticents à donner aux lois une interprétation exceptionnelle. Les décisions publiées sur le sujet l'illustrent bien. Mais cette réticence n'a pas empêché les tribunaux de s'écarter des règles ordinaires d'interprétation si, par leur emploi, le droit devait devenir ce que le M. Bumble de Dickens disait qu'il pouvait parfois être «un âne, un idiot» (Dickens, *Oliver Twist*).

Sur ce point, Maxwell disait (*Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12<sup>e</sup> éd., par P. St. J. Langan, 1969, à la p. 228):

#### [TRADUCTION]

#### 1. Modification du texte pour correspondre à l'intention

Lorsque le texte d'une loi, dans son sens ordinaire et son interprétation grammaticale, conduit à une solution en contradiction manifeste avec le but apparent de la loi, ou à des problèmes ou absurdités qui peuvent difficilement avoir été voulus, on peut lui donner une interprétation qui modifie le sens des mots, et même la structure de la phrase. On peut le faire en s'écartant des règles de grammaire, en donnant un sens inhabituel à certains mots ou même en les ignorant complètement, au motif qu'il n'est pas possible que le législateur ait voulu dire ce que ses mots signifient, et que les modifications faites sont de simples corrections d'un texte bâclé qui donnent réellement à la loi son sens véritable. Lorsque l'objet principal et l'intention d'une loi sont clairs, ils ne doivent pas être réduits à néant en raison de l'incompétence du

ness or ignorance of the law, except in a case of necessity, or the absolute intractability of the language used. Lord Reid has said that he prefers to see a mistake on the part of the draftsman in doing his revision rather than a deliberate attempt to introduce an irrational rule: “the canons of construction are not so rigid as to prevent a realistic solution”.

Baron Alderson in *Attorney-General v. Lockwood* (1842), 9 M. & W. 377, 152 E.R. 160 interpreting a penal statute said (at p. 397):

The rule of law, I take it, upon the construction of all statutes, and therefore applicable to the construction of this, is, whether they be penal or remedial, to construe them according to the plain, literal, and grammatical meaning of the words in which they are expressed, unless that construction leads to a plain and clear contradiction of the apparent purpose of the act, or to some palpable and evident absurdity.

Baron Parke, in *Becke v. Smith* (1836), 2 M. & W. 191, 150 E.R. 724, had expressed essentially the same principle, adding however a caveat as to the extent to which a court should go (at p. 195):

It is a very useful rule, (b) in the construction of a statute, to adhere to the ordinary meaning of the words used, and to the grammatical construction, unless that is at variance with the intention of the legislature, to be collected from the statute itself, or leads to any manifest absurdity or repugnance, in which case the language may be varied or modified, so as to avoid such inconvenience, but no further.

(b) Per *Burton, J.*, in *Warburton v. Loveland*, 1 Hudson & Brooke's Irish Reports, 648.

The two pronouncements are typical of the numerous others on the subject that set out either the prerequisite for the resort to the exceptional construction or the limits of its exercise.

The requirement in s. 645(4)(a) that a sentence be already imposed at the time of the subsequent conviction is, as I have said, in my opinion, a clear and unambiguous departure from the common law as the law was in 1886 and is still today, and surely, Parliament's will cannot and should not be defeated through exceptional construction. I am not personally convinced that the policy considerations which I think brought about that change to the common law justify importing into the sentenc-

rédateur ou de son ignorance de la loi, sauf en cas de nécessité ou du caractère absolument univoque des termes utilisés. Lord Reid a dit qu'il préférerait croire à une erreur de la part du rédacteur, lors de sa révision, plutôt qu'une tentative délibérée d'introduire une règle irrationnelle: «les règles d'interprétation ne sont pas rigides au point d'empêcher une solution réaliste».

Le baron Alderson, dans *Attorney-General v. Lockwood* (1842), 9 M. & W. 377, 152 E.R. 160, interprétant une loi pénale, disait (à la p. 397):

[TRADUCTION] A mon avis, la règle de droit valable pour l'interprétation de toutes les lois et qui est, par conséquent, applicable à l'interprétation de celle-ci, est de les interpréter, qu'elles soient pénales ou réparatrices, en fonction du sens ordinaire, littéral et grammatical des mots utilisés pour les formuler, à moins que cette interprétation ne conduise à une solution en contradiction claire et nette avec le but apparent de la loi ou à des absurdités manifestes et évidentes.

Le baron Parke, dans *Becke v. Smith* (1836), 2 M. & W. 191, 150 E.R. 724, avait exprimé substantiellement le même principe, ajoutant toutefois une réserve quant à la limite jusqu'à laquelle un tribunal pouvait aller (à la p. 195):

[TRADUCTION] C'est une règle très utile, (b) dans l'interprétation d'une loi, que d'adhérer au sens ordinaire des mots utilisés et à l'interprétation grammaticale, à moins que cela ne soit en contradiction avec l'intention du législateur, qui doit ressortir de la loi elle-même, ou conduise à des absurdités ou illogismes évidents, auquel cas le texte peut être modifié de façon à éviter pareille situation, mais pas plus.

(b) Le juge *Burton*, dans *Warburton v. Loveland*, 1 Hudson & Brooke's Irish Reports, 648.

Les deux énoncés sont typiques des nombreux autres sur le sujet qui indiquent soit les prérequis au recours à l'interprétation exceptionnelle, soit les limites de son exercice.

En exigeant qu'une sentence ait été déjà imposée au moment de la déclaration de culpabilité subséquente, l'al. 645(4)a s'écarte, comme je l'ai dit, de façon claire et non équivoque, de la *common law* existant en 1886 et toujours en vigueur et, bien sûr, la volonté du législateur ne peut, et ne doit pas, être contrecarrée par une interprétation exceptionnelle. Je ne suis personnellement pas convaincu que les considérations de principe qui, selon moi, ont amené cette modification de la *common*

ing process the artificiality s. 645(4)(a) of necessity does. But that is for Parliament to decide and change, and is not the province of this Court. Were we to do so we would then, as Baron Parke said in *Becke v. Smith*, be going further than what is required to suppress the “absurdity” and usurping Parliament’s privileges. But when addressing s. 645(4)(c), which from its origin in 1886 and throughout its existence to this day has purported to express the common law on that aspect of consecutive sentencing, as stated in *Wilkes*, and as that law is today, the only meaning I find the words “the same court at the same sittings” can be given, lest the purpose of Parliament be defeated, is that the convictions be made by or before the same judge. In sum, expressed otherwise, and more with a view to the functional purpose for which these words were resorted to in the section in 1886, s. 645(4)(c) means that sentences imposed by the same judge may be made consecutive. This in turn qualifies s. 645(4)(a) and restricts its application to sentences imposed by different judges.

In the result, a judge may order that a sentence be served consecutively to another sentence he has previously or is at the same time imposing (s. 645(4)(c)); but he cannot order that a sentence be made consecutive to that imposed by another judge in another case unless that sentence had already been imposed by the other judge at the time of the conviction in the case in which he is sentencing (s. 645(4)(a)).

I am not unmindful of the stress I am suggesting we put on Parliament’s words and the fact that little or no meaning is being given to the words “at the same sittings”; but I am encouraged in this endeavour when considering the absurd results we are led into by the alternative.

*law* justifie d’introduire dans le processus d’imposition des peines le caractère artificiel que l’al. 645(4)a apporte nécessairement. Mais il appartient au législateur d’en décider et d’apporter les correctifs voulus, et non à cette Cour. Si nous le faisons, nous irions, comme le disait le baron Parke dans *Becke v. Smith*, au-delà de ce qui est nécessaire pour supprimer l’«absurdité» et usurperions ce faisant les privilèges du Parlement. Mais lorsqu’on se tourne vers l’al. 645(4)c, qui depuis ses origines en 1886 et tout au cours de son existence jusqu’à maintenant a eu pour but d’exprimer la *commom law* sur cet aspect de l’imposition de sentences consécutives, tant selon les énoncés de l’arrêt *Wilkes* que selon le droit actuel, la seule signification qui, à mon avis, puisse être donnée aux mots «la même cour pendant la même session», sans contrecarrer le but du législateur, est que les déclarations de culpabilité doivent être prononcées par le même juge ou enregistrées devant lui lorsqu’elles sont prononcées par des jurys. En somme, exprimé autrement et davantage en fonction du but pour lequel on a utilisé ces mots dans l’article en 1886, l’al. 645(4)c signifie que des sentences imposées par le même juge peuvent être consécutives. Par là même, l’al. 645(4)a en est qualifié et son application est restreinte à des sentences imposées par des juges différents.

En conséquence et pour résumer, un juge peut ordonner qu’une sentence soit purgée consécutivement à une autre sentence qu’il a imposée préalablement ou qu’il impose au même moment (al. 645(4)c); mais il ne peut ordonner qu’une sentence soit purgée consécutivement à celle imposée par un autre juge dans une autre affaire à moins que cette sentence ait déjà été imposée par l’autre juge au moment de la déclaration de culpabilité dans l’affaire dans laquelle il prononce la sentence (al. 645(4)a)).

Ma suggestion, je le sais, suppose que l’on fasse quelque peu violence aux mots du législateur et je reconnais que peu ou pas de signification est donnée aux mots «à la même session»; mais toute réticence à le faire se résorbe, je pense, vu les résultats absurdes qu’amènerait la solution contraire.

Before concluding, I should add, with regard to respondent's suggestion that there is a general power to sentence consecutively, that in my view Parliament codified in 1892 the powers to sentence consecutively. Indeed, s. 649(1) requires that the power be found in some (federal) enactment. Section 645 is one such enactment, so are other sections such as ss. 83(2), 137(1).

With respect, I cannot agree with the reasoning of the Court of Appeal for Nova Scotia in *Muise (No 3)* for the reasons given on that point by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Oakes* (1977), 37 C.C.C. (2d) 84.

I would dismiss this appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Ivan Lerner, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: René Domingue, Montreal.*

Avant de conclure, je me dois d'ajouter, en ce qui a trait à la prétention de l'intimée voulant qu'il existe un pouvoir général d'imposer des sentences consécutives, qu'à mon avis le législateur a codifié en 1892 les pouvoirs d'imposition de sentences consécutives. En effet, le par. 649(1) exige que l'on trouve le fondement de ce pouvoir dans un texte législatif (fédéral). L'article 645 en est un, tout comme le sont d'autres articles tels les par. 83(2), 137(1).

Avec égards, je ne peux être d'accord avec le raisonnement de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Muise (No 3)* pour les motifs donnés sur ce point par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Oakes* (1977), 37 C.C.C. (2d) 84.

Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Ivan Lerner, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: René Domingue, Montréal.*



**Greg Barton** *Appellant*;

and

**Agincourt Football Enterprises Limited**  
*Respondent.*

File No.: 16107.

1981: November 10; 1982: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Contracts — Interpretation — Termination — Football player cut from club — Contract signed with another club — Whether or not first contract terminated — Whether or not player able to collect pay pursuant to first contract on second club's collapse.*

The appeal raised issues in contract law relating to the rights and obligations of an employee under a contract of service when the employer purported to terminate that contract and the employee purported to enforce payments falling due under the contract after the purported termination.

Appellant, a football player while under contract with respondent, signed a contract with a U.S. club without respondent's permission. At that time he had been "cut" from respondent's club but continued to be paid as stipulated in the contract. When the U.S. club closed operations, paying appellant less than expected under his contract with them, appellant demanded that respondent meet the payments falling due under the contract and brought action when respondent refused. It was agreed that the claim should be for the net amount due taking into account the amount received from the U.S. club, and also that the C.F.L. by-laws did not apply to the interpretation of the contract on other issues.

*Held* (Laskin C.J. and Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson, Beetz and McIntyre JJ.: Respondent's obligation to pay the salary pursuant to the contract depended on plaintiff's being available and willing to provide the services described in the contract. Appellant's contract with the U.S. team breached the contractual arrangement with respondent, freeing respondent of any further obligation to pay under that contract.

**Greg Barton** *Appellant*;

et

**Agincourt Football Enterprises Limited**

*a Intimée.*

N° du greffe: 16107.

1981: 10 novembre; 1982: 31 mai.

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

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

*c Contrats — Interprétation — Résiliation — Joueur de football retranché du club — Signature d'un contrat avec un autre club — Y a-t-il eu résiliation du premier contrat? — Le joueur peut-il, après l'effondrement du second club, toucher le salaire prévu au premier contrat?*

*d* Le pourvoi soulève des questions qui relèvent du droit des contrats et qui portent sur les droits et les obligations d'un employé en vertu d'un contrat de travail lorsque l'employeur allègue que le contrat est résilié et que l'employé soutient qu'il a droit aux montants dus sous le régime de ce contrat après cette prétendue résiliation.

*e* L'appelant, un joueur de football, alors qu'il était lié par un contrat avec l'intimée, a signé un contrat avec un club américain sans la permission de l'intimée. A l'époque, il avait été «retranché» du club de l'intimée, mais il continuait à toucher son salaire tel que prévu au contrat. Lorsque le club américain a cessé ses activités sans payer à l'appelant le plein montant contractuel, l'appelant a demandé à l'intimée le paiement des montants prévus au premier contrat; l'intimée a refusé et l'appelant a intenté une action contre elle. Les parties ont convenu que la réclamation porterait sur le montant net dû après déduction de la somme perçue du club américain et que le règlement intérieur de la L.C.F. ne s'applique ni à l'interprétation du contrat ni aux autres questions.

*h* *Arrêt* (le juge en chef Laskin et le juge Estey sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*i* Les juges Dickson, Beetz et McIntyre: L'obligation de l'intimée de verser le salaire prévu au contrat était assujettie à la condition que le demandeur soit disponible et disposé à rendre les services mentionnés au contrat. En signant un contrat avec le club américain, l'appelant a rompu son contrat avec l'intimée, dégageant ainsi cette dernière de toute obligation de verser le salaire qui y était prévu.

*Per Laskin C.J. and Estey J., dissenting:* The contract was terminated by the parties' conduct. As authorized by the contract, termination occurred when respondent cut appellant from the club and appellant accepted such termination. Appellant's action, a claim in debt, survived because it arose under a term of the terminated contract by reason of the performance of the contract up to the date of termination by the appellant. Double recovery was not permissible. The policy which forbade a requirement of idleness to protect the status of the guaranty must at the same time forbid a claim upon the guarantor for so much of the guaranty as had been received from other sources.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1979), 108 D.L.R. (3d) 152, 27 O.R. (2d) 734, dismissing an appeal from a judgment of Goodman J. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Estey J. dissenting.

*W. V. Sasso and G. Sternberg, for the appellant.*

*John T. Morin and Michael F. Brown, for the respondent.*

The reasons of Laskin C.J. and Estey J. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—This appeal raises issues in contract law relating to the rights and obligations of an employee under a contract of service when the employer purports to terminate that contract and the employee purports to enforce payments falling due under the contract after such purported termination.

The plaintiff-appellant was a professional football player and the defendant-respondent the owner and operator of a professional football team playing in the Canadian Football League in the City of Toronto. The respondent became interested in acquiring the services of the appellant in 1971 when, having played out his contract with a team in the National Football League in the United States of America, he became free to enter into a contract to play football in Canada. In due course the parties entered into such a contract. In form it consisted of four annual contracts covering the playing seasons 1971 to 1974 inclusive, the contract date in each year actually commencing on

*Le juge en chef Laskin et le juge Estey, dissidents:* La conduite des parties a mis fin au contrat. Conformément au contrat, il y a eu résiliation dès lors que l'intimée a retranché l'appelant du club et que celui-ci a accepté la résiliation. L'action de l'appelant, qui est une demande de paiement d'une dette, subsiste parce qu'elle procède d'une clause du contrat résilié, en raison de l'exécution du contrat par l'appelant jusqu'à la date de la résiliation. Il ne lui est pas permis de bénéficier d'une double indemnisation. Le principe général qui interdit de prescrire l'inactivité pour que la garantie demeure applicable, doit également interdire de réclamer du garant, au titre de la garantie, l'équivalent de ce qui a été tiré d'autres sources.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 108 D.L.R. (3d) 152, 27 O.R. (2d) 734, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Goodman. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Estey sont dissidents.

*W. V. Sasso et G. Sternberg, pour l'appellant.*

*John T. Morin et Michael F. Brown, pour l'intimée.*

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Estey rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—Ce pourvoi soulève des questions qui relèvent du droit des contrats et qui portent sur les droits et les obligations d'un employé en vertu d'un contrat de travail lorsque l'employeur allègue que le contrat est résilié et que l'employé soutient qu'il a droit aux montants dus sous le régime de ce contrat après cette prétendue résiliation.

Le demandeur-appelant était un joueur de football professionnel et la défenderesse-intimée était propriétaire-exploitante d'une équipe de football professionnelle qui jouait dans la Ligue canadienne de football, à Toronto. L'intimée s'est intéressée à retenir les services de l'appelant en 1971 lorsque, l'expiration de son contrat avec une équipe de la Ligue nationale de football des États-Unis d'Amérique, il est devenu libre de signer un contrat lui permettant de jouer au football au Canada. En temps utile, les parties ont signé un tel contrat. Ce contrat prend la forme de quatre contrats annuels applicables aux saisons 1971 à 1974 inclusivement, chacun entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> juin de l'année

June 1. Counsel agreed both here and below that in these proceedings the four contracts could be treated as one and that nothing turns in law or in fact on the physical separation of the contract into four individual, seasonal contracts for the period mentioned. The four contracts will be hereafter referred to as "the contract".

The appellant had played for the respondent under the contract in the year 1971 and through part of the 1972 season when the respondent notified the appellant that he was being "cut from the club" and that his services as a player were no longer required. I will return to the actual mechanics of this cessation of services because their significance looms large in the outcome of these proceedings. For the balance of the 1972 season and throughout the 1973 season the respondent paid to the appellant the amounts stipulated in the contract for those years although the appellant did not play for the team and only rendered some coaching and administrative services as requested on an infrequent and spasmodic basis. In the year 1974, prior to the commencement of the football season, the appellant entered into a contract with a team in Portland, Oregon, for the purpose of playing football with that team in the World Football League in the United States of America for the period from March 1974 to the end of the 1978 season. In the 1974 season the respondent was obligated to pay to the appellant under the contract (if it was then in force during the 1974 year) the sum of \$55,000. Under the arrangement with the Portland organization the appellant was to receive for the 1974 year almost precisely the same amount, taking into account bonuses and deducting agent's fees for the negotiation of the contract.

The appellant did not seek and was not granted permission from the respondent to play for the Portland team or to enter into the contract with that organization. Unhappily, as events turned out, the Portland organization ceased operations during the 1974 season and the appellant received from that source only \$20,000.

Meanwhile the appellant had requested the respondent to make the 1974 payments under the contract, namely \$45,000 which he would have

qu'il vise. Les avocats ont convenu en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure qu'aux fins de la présente instance les quatre contrats peuvent être traités comme un seul et que la division du contrat en quatre contrats saisonniers distincts applicables à la période mentionnée ne soulève aucune question de fait ou de droit. Les quatre contrats seront appelés ci-après «le contrat».

L'appellant avait joué pour l'intimée, conformément au contrat, en 1971 et pendant une partie de la saison 1972 lorsque l'intimée l'a avisé qu'il était [TRADUCTION] «retranché du club» et que ses services en tant que joueur n'étaient plus requis. Je reviendrai aux modalités de ce congédiement, car l'issue de la présente instance en dépend en grande partie. Pendant le reste de la saison 1972 et au cours de la saison 1973, l'intimée a versé à l'appellant les montants stipulés au contrat pour ces années, même si l'appellant n'avait pas joué pour l'équipe et n'avait rendu, sur demande peu fréquente et épisodique, que des services d'entraîneur et d'administrateur. En 1974, avant le début de la saison de football, l'appellant a signé un contrat avec une équipe de Portland (Oregon) en vue de jouer avec cette équipe dans la Ligue mondiale de football aux États-Unis d'Amérique, depuis mars 1974 jusqu'à la fin de la saison 1978. Pendant la saison 1974, aux termes du contrat (en supposant qu'il était alors en vigueur en 1974), l'intimée était tenue de verser à l'appellant la somme de \$55,000. L'entente avec l'organisation de Portland prévoyait le versement à l'appellant, pour l'année 1974, d'une somme presque identique, si l'on tient compte des primes et si l'on déduit les honoraires du négociateur du contrat.

L'appellant n'a pas demandé à l'intimée la permission de jouer pour l'équipe de Portland ni de signer le contrat avec cette organisation et l'intimée ne lui a pas accordé cette permission. Malheureusement, l'organisation de Portland devait cesser ses activités au cours de la saison 1974 et l'appellant n'a reçu de cette source que \$20,000.

Entre-temps, l'appellant avait demandé à l'intimée de lui verser les sommes prévues au contrat pour l'année 1974, soit un montant de \$45,000

received as a player in that season. The appellant did not demand an additional \$10,000 payable for coaching services. The respondent refused to make any such payment with the result that the appellant brought action for the recovery of \$55,000 "for damages for breach of contract" made up presumably of \$45,000 for services as a player and \$10,000 for coaching services. Before this Court the appellant took the position, however, that he was entitled to the net amount, being approximately \$35,000.

For the purposes of this appeal counsel for both parties further agreed, in addition to the reduction of the claim to the net basis already mentioned, that the by-laws of the Canadian Football League do not apply to the interpretation of the contract or to the other issues herein arising.

The action brought by the appellant was dismissed at trial and an appeal to the Ontario Court of Appeal was likewise dismissed. It is convenient to set out at the outset the principal parts of the contract upon which the disposition of this action comes to depend.

2. The player agrees that during the term of this contract he will play football and will engage in activities related to football only for the Club and will play for the Club in all its Conference's scheduled and play-off games, and Canadian Football League play-off games and any exhibition games for which the Club may arrange; and the Club, subject to the provisions hereof, agrees during such period to employ the player as a skilled football player. The player agrees during the term of this contract to report promptly for the Club's training sessions and at the Club's directions to participate in all practice sessions.

3. For the player's services as a skilled football player during the term of this contract, and for his agreement not to play football, or engage in activities relating to football, for any other person, firm, Club or corporation during the term of this contract and for the option hereinafter set forth giving the Club the right to renew this contract and for the other undertakings of the player herein, the Club promises to pay the player the sum of \$45,000 guaranteed, to be payable as follows:

qu'il aurait touché en tant que joueur au cours de cette saison. L'appellant n'a pas exigé le versement d'une somme supplémentaire de \$10,000 pour ses services d'entraîneur. L'intimée a refusé d'effectuer un tel paiement, d'où l'action de l'appellant en recouvrement d'une somme de \$55,000 [TRADUCTION] «à titre de dommages-intérêts pour violation de contrat», laquelle somme comprend probablement \$45,000 pour les services de joueur et \$10,000 pour les services d'entraîneur. En cette Cour, l'appellant a soutenu toutefois qu'il avait droit au montant net, soit approximativement \$35,000.

Aux fins de ce pourvoi, les avocats des deux parties, en plus de s'entendre sur la réduction de la réclamation au montant net susmentionné, ont reconnu en outre que le règlement intérieur de la Ligue canadienne de football ne s'applique ni à l'interprétation du contrat ni aux autres questions soulevées en l'espèce.

L'action intentée par l'appellant a été rejetée en première instance et un appel devant la Cour d'appel de l'Ontario a subi le même sort. Il est utile d'exposer dès le début les clauses principales du contrat dont dépend l'issue de la présente action.

[TRADUCTION] 2. Le joueur consent, pendant la durée du présent contrat, à jouer au football et à se livrer à des activités liées au football exclusivement pour le Club, ainsi qu'à jouer pour le Club dans tous les matchs réguliers et éliminatoires de la Division dont le Club fait partie, dans tous les matchs éliminatoires de la Ligue canadienne de football et dans tout match hors-concours que le Club peut organiser; et le Club, sous réserve des présentes dispositions, consent à employer le joueur comme joueur de football compétent pendant cette période. Le joueur consent, pendant la durée du présent contrat, à se présenter assidûment aux séances d'entraînement du Club et, selon les directives de ce dernier, à participer à toutes les séances d'exercice.

3. En échange des services du joueur comme joueur de football compétent pendant la durée du présent contrat, en échange de son engagement de s'abstenir de jouer au football ou de se livrer à des activités liées au football pour quelque autre personne, firme, club ou société pendant la durée du présent contrat, en échange de l'option énoncée ci-après qui donne au Club le droit de renouveler le présent contrat et en échange des autres engagements pris par le joueur dans les présentes, le

75% of said salary in weekly instalments commencing with the first and ending with the last regularly scheduled Conference game played by the Club during such season, and the balance of 25% of said sum at the end of the last scheduled Conference game, unless the Club shall, after its last scheduled Conference game have any Conference or Canadian Football League play-off games to engage in, in which event the remaining 25% shall be paid at the end of the last such play-off games.

10. The player represents that he is and will continue to be highly skilled in all types of football team play to play football of the calibre required by the Conference and by the Club, and agrees to perform his services hereunder to the complete satisfaction of the Club and its Head Coach. If, in the opinion of the Head Coach, the player fails at any time during the term of this contract to demonstrate sufficient skill and capacity to play football of the calibre required by the Conference or by the Club, or if, in the opinion of the Head Coach, the player's work or conduct in the performance of this contract is unsatisfactory, or, where there exists a limit to the number permitted of a certain class of player, and in the opinion of the Head Coach, the player, being within that class, should not be included amongst the permitted number, the Club shall have the right to terminate this contract upon notice to the player. It is agreed by both parties that the Club's Head Coach shall be the sole judge as to the competency and satisfaction of the player and his services.

11. Upon termination of this contract during the football season, the player shall only be entitled to receive and the Club shall only be required to pay to the player as compensation for services theretofore rendered hereunder, such portion of the total compensation for the regular season as provided in paragraph 3 hereof, as the number of the regular scheduled Conference games already played bears to the total number of Conference games scheduled for the Club for that season, and upon such termination the Club shall pay to the player the balance of such compensation as then remains owing to the player.

12. The player promises and agrees that during the term of this contract he will not play football or engage in activities related to football in Canada or in the United States of America for any other person, firm, Club or corporation except with the prior written con-

Club s'engage à verser au joueur le montant de \$45,000, garanti et payable comme suit: 75% dudit salaire s'échelonneront en versements hebdomadaires dont le premier sera effectué à la date du premier match du calendrier régulier de la Division que le Club disputera au cours de la saison et le dernier, à la date du dernier de ces matchs, et les 25% restants seront payés à la fin du dernier match du calendrier régulier de la Division, à moins que le Club ne doive, après le dernier de ces matchs, participer à des matchs éliminatoires de la Division ou de la Ligue canadienne de football; le cas échéant, les 25% qui restent seront payés à la fin du dernier de ces matchs éliminatoires.

10. Le joueur déclare qu'il est et qu'il continuera d'être très compétent dans tous les aspects du jeu de football en équipe de manière à pouvoir jouer au football en maintenant la qualité de jeu requise par la Division et le Club, et il s'engage à rendre les services prévus aux présentes à l'entière satisfaction du Club et de son entraîneur-chef. Si l'entraîneur-chef juge que le joueur, à quelque moment que ce soit pendant la durée du présent contrat, ne fait pas preuve d'une compétence et d'une aptitude suffisantes pour jouer au football en maintenant la qualité de jeu requise par la Division ou le Club, ou si l'entraîneur-chef juge insatisfaisant le rendement ou la conduite du joueur dans l'exécution du présent contrat, ou s'il existe une limite quant au nombre de joueurs d'une certaine catégorie et si l'entraîneur-chef estime que le joueur, qui se situe dans cette catégorie, ne doit pas être de ce nombre, le Club a le droit de résilier le présent contrat après en avoir avisé le joueur. Les deux parties conviennent que l'entraîneur-chef du Club est seul juge de la compétence du joueur et du caractère satisfaisant de ses services.

11. Si le présent contrat est résilié au cours de la saison de football, le joueur ne pourra toucher, à titre de rémunération pour les services jusqu'alors rendus en vertu des présentes, et le Club ne sera tenu de lui verser, que la partie du salaire total pour le calendrier régulier prévu à la clause 3 des présentes, qui correspond à la proportion qui existe entre le nombre de matchs du calendrier régulier de la Division déjà disputés et le nombre total de matchs de la Division prévus au calendrier du Club pour la saison, et si le contrat est résilié, le Club devra verser au joueur le solde de ce salaire qui sera alors dû.

12. Le joueur s'engage, pendant la durée du présent contrat, à s'abstenir de jouer au football et de se livrer à des activités liées au football au Canada ou aux États-Unis d'Amérique pour quelque autre personne, firme, club ou société, sauf avec le consentement écrit préala-

sent of the Club, and that he will not, during the term of this contract engage in any game or exhibition of baseball, basketball, hockey, wrestling, boxing, or any other sport which endangers his ability to perform his services hereunder without the prior written consent of the Club.

13. The player hereby represents that he has special, exceptional and unique knowledge, skill and ability as a football player, the loss of which cannot be estimated with any certainty and cannot be fairly or adequately compensated by damages, and therefore agrees that the Club shall have the right, in addition to any other rights which the Club may possess, to enjoin him by appropriate injunction proceedings against playing football or engaging in activities relating to football in Canada or the United States of America, for any person, firm, Club or corporation, and against any other breach of this contract.

27. In agreement with the Argonaut Football Club, the player is to receive an additional \$10,000.00 for rendering service as a coach, guaranteed.

28. "Guaranteed" shall mean that the Club is obligated to pay the player the sums set forth in paragraphs 3, 27 and 29 under all circumstances even if the player is injured, is cut from the Club or is incapable in any way from playing or coaching football.

The parties executed at the same time as the four agreements an addendum which provides as follows:

... the undersigned agree that notwithstanding anything contained therein the agreements shall be read as follows:

(1) Paragraph 29 of the first year's agreement and paragraph 28 of the agreements for the succeeding years shall be amended to provide that the player's compensation as provided for in paragraph 3 of all four agreements shall not be guaranteed in the event, that the player is unable to play football as a result of injuries incurred not in the course of his employment. The balance of such compensation shall be guaranteed after and only after the player has fully recovered from such injuries.

In the event the player is unable to play football as a result of injuries incurred in the course of his employ-

ble du Club, et à ne participer, pendant la durée du présent contrat, sans le consentement écrit préalable du Club, à aucun match ou match hors-concours de baseball, de basket-ball, de hockey, de lutte, de boxe, ou à un autre sport qui peut compromettre sa capacité de rendre ses services en vertu des présentes.

13. Le joueur déclare par les présentes qu'il possède, comme joueur de football, des connaissances, une compétence et des aptitudes spéciales, exceptionnelles et uniques dont la perte ne peut être évaluée avec exactitude et ne peut être équitablement ou adéquatement compensée par voie de dommages-intérêts, et il reconnaît donc que le Club a le droit, en plus de tout autre droit qu'il peut détenir, de l'empêcher, par voie de requêtes en injonction appropriées, de jouer au football ou de se livrer à des activités liées au football au Canada ou aux États-Unis d'Amérique, pour quelque personne, firme, club ou société, et de rompre de toute autre manière le présent contrat.

27. Conformément à une entente avec le club de football Argonaut, le joueur touchera un montant supplémentaire de \$10,000, garanti, pour ses services d'entraîneur.

28. Le mot «garanti» signifie que le Club est tenu de verser au joueur les sommes mentionnées aux clauses 3, 27 et 29, dans tous les cas, même si le joueur est blessé, s'il est retranché du Club ou s'il est pour quelque raison incapable de jouer au football ou de remplir des fonctions d'entraîneur.

Les parties ont signé, en même temps que les quatre contrats, une annexe qui porte que:

[TRADUCTION] ... les soussignés conviennent que, nonobstant toute disposition qu'ils peuvent contenir, les contrats doivent s'interpréter comme suit:

(1) La clause 29 du contrat pour la première année et la clause 28 des contrats pour les années suivantes sont modifiées de manière à prescrire que le salaire du joueur prévu à la clause 3 des quatre contrats ne sera pas garanti s'il arrive que le joueur est incapable de jouer au football par suite de blessures subies autrement que dans le cadre de son emploi. Le solde du salaire ne sera garanti qu'après que le joueur se sera complètement remis de ces blessures.

S'il arrive que le joueur est incapable de jouer au football par suite de blessures subies dans le cadre de

ment notwithstanding the provision of article six the player's salary is guaranteed as defined in the said contracts.

The learned trial judge described the status of the appellant under the contract after his release in August 1972 in the following way:

After the completion of the fourth game in the month of August, 1972, he was released from the active player's roster of the Club. This action is commonly referred to as being "cut from the club" and there is no dispute that it is this type of action which was referred to in paragraph 28 of the fourth contract which was the "guarantee" definition clause set forth above. The plaintiff states that at that time he was told he had been placed on waivers, that no other club had "picked him up" and that accordingly he was a "free agent".

It is common ground that when the plaintiff became a "free agent" he was entitled to play football for any other team in the United States or Canada.

The learned trial judge disposed of the claim on the basis of the manner in which it was pleaded, namely the assertion by the appellant to the full \$55,000 and not merely the \$35,064.12 lost by reason of the collapse of the Portland team during the 1974 season. The court treated the claim not as one for damages for breach of contract but in reality as a claim for the payment on the covenant contained in the contract. He found no evidence of any agreement between the parties that the appellant would be entitled to the full contractual sum for each of the four years from 1971 to 1974 inclusive, together with any revenue from playing elsewhere under whatever circumstances without deduction from the obligation of the respondent. The trial judge found that the general manager of the respondent had maintained the view throughout the negotiations or transaction that the appellant, once becoming a free agent as he did, was entitled to sign a contract to play for any football team. The learned trial judge found in this connection that the respondent at no time endeavoured to prevent the appellant from playing for another team, but once having signed the Portland contract the appellant was not in a position to fulfill his contract with the respondent, and the respondent was thus excused from performance. The nub of

son emploi, son salaire sera garanti conformément aux-dits contrats, nonobstant la clause 6.

<sup>a</sup> Le savant juge de première instance a décrit ainsi la situation de l'appelant en vertu du contrat, après son congédiement en août 1972:

[TRADUCTION] Après le quatrième match disputé en août 1972, il a été radié de la liste des joueurs actifs du Club. C'est ce qu'on appelle communément être «retranché du club» et on ne conteste pas qu'il s'agit précisément du type de mesure visé à la clause 28 du quatrième contrat, que j'ai déjà citée et qui définit le mot «garanti». Le demandeur affirme qu'à cette époque, il a été <sup>c</sup> informé qu'il avait été offert au repêchage, qu'aucun autre club ne l'avait «repêché» et qu'il était donc «agent libre».

<sup>d</sup> Les parties reconnaissent que quand le demandeur est devenu «agent libre», il avait alors le droit de jouer au football pour une autre équipe aux États-Unis ou au Canada.

<sup>e</sup> Le savant juge de première instance a statué sur la réclamation en fonction de la manière dont elle avait été plaidée, en s'en tenant notamment à la revendication par l'appelant du montant intégral de \$55,000 et non simplement du montant de \$35,064.12 perdu en raison de l'effondrement de l'équipe de Portland au cours de la saison 1974. La cour a considéré que la réclamation était, en réalité, non pas une demande de dommages-intérêts pour violation de contrat, mais plutôt une demande de paiement fondée sur la clause contenue dans le <sup>g</sup> contrat. Elle n'a constaté aucun élément de preuve de l'existence d'une entente entre les parties selon laquelle l'appelant aurait droit au plein montant prévu au contrat pour chacune des quatre années <sup>h</sup> 1971 à 1974 inclusivement, ainsi qu'à tout revenu qu'il toucherait s'il jouait ailleurs, peu importe les circonstances, sans que ne soit effectuée aucune déduction du montant que l'intimée était tenue de payer. Le juge de première instance a conclu que <sup>i</sup> le directeur général de l'intimée avait soutenu tout au long des négociations ou de l'opération que l'appelant, une fois devenu agent libre, comme cela s'est produit en l'espèce, avait le droit de signer un <sup>j</sup> contrat avec n'importe quelle équipe de football. Le savant juge de première instance a conclu à cet égard que l'intimée n'avait à aucun moment tenté

the decision at trial is found in that part of the trial judgment where the trial judge states:

In my opinion the words "even if" in the context in which they are used in paragraph 28 are the equivalent of "including circumstances where". If I am correct in that opinion paragraph 28 would then read with that substitution "guaranteed" shall mean that the Club is obligated to pay the player the sums set forth in paragraphs 3, 27 and 29 under all circumstances including circumstances where the player is injured, is cut from the club or is incapable in any way from playing or coaching football". The three circumstances expressly covered are situations which might properly be characterised as non-willful circumstances in the sense that they are not situations created by a willful act on the part of the plaintiff which he knows will prevent him from fulfilling his contract with the defendant.

By applying the *ejusdem generis* rule of construction the trial court concluded that the obligations of the respondent under paragraph 28 did not extend to performing the contract once the appellant, by signing the Portland contract, had removed himself from a position where he could fulfill his contract with the respondent. The trial judge put it this way:

In my opinion the defendant was entitled to expect that the plaintiff's services would be available to it under the fourth contract as of June 1st, 1974, in consideration for its covenant to guarantee payment of his salary. If it did not choose to make use of his services for their own team during that year, it would have been entitled to have his services available so that the player could be traded. . . . Although it is not certain that it would have made use of such services or have been successful in trading him during the 1974 season, it was effectively deprived of the opportunity of endeavouring to do so.

For these reasons the trial court concluded:

It constituted an anticipatory and fundamental breach of his contract with the Toronto Club which was to have commenced on June 1st, 1974 and in my opinion the defendant was entitled to and did treat the contract at an end. It was thereupon excused from performance of the covenant to pay any salary.

d'empêcher l'appelant de jouer pour une autre équipe, mais qu'après avoir signé le contrat avec Portland, l'appelant n'était plus en mesure d'exécuter son contrat avec l'intimée, de sorte que cette dernière n'était plus tenue non plus de l'exécuter. L'essentiel de la décision rendue en première instance se trouve dans cette partie où le juge dit:

[TRADUCTION] A mon avis, les mots «même si» dans le contexte de la clause 28 reviennent à dire «y compris le cas où». Si cette opinion est exacte, la clause 28, avec cette substitution, se lirait ainsi: «Le mot «garanti» signifie que le Club est tenu de verser au joueur les sommes mentionnées aux clauses 3, 27 et 29, dans tous les cas, y compris le cas où le joueur est blessé, retranché du Club ou, pour quelque raison, incapable de jouer au football ou de remplir des fonctions d'entraîneur». Les trois cas expressément visés pourraient être, à juste titre, qualifiés de fortuits en ce sens qu'il ne s'agit pas de situations qui résultent d'un acte volontaire que le demandeur accomplit en sachant que cela va l'empêcher d'exécuter son contrat avec la défenderesse.

En appliquant la règle d'interprétation *ejusdem generis*, la cour de première instance a conclu que les obligations de l'intimée aux termes de la clause 28 ne comprenaient pas l'exécution du contrat après que l'appelant, par la signature du contrat avec Portland, se fut placé dans l'impossibilité d'exécuter son contrat avec l'intimée. Voici ce qu'a dit le juge de première instance:

[TRADUCTION] A mon avis, la défenderesse était en droit de s'attendre, en échange de son engagement à garantir le paiement du salaire du demandeur, à disposer des services de ce dernier à partir du 1<sup>er</sup> juin 1974, conformément au quatrième contrat. Si la défenderesse avait choisi de ne pas recourir à ses services pour sa propre équipe au cours de l'année en question, elle aurait eu le droit de les retenir en vue d'un échange . . . Même s'il n'est pas certain qu'elle aurait eu recours à ces services ou qu'elle aurait réussi à l'échanger au cours de la saison 1974, elle se trouvait effectivement privée de la possibilité de tenter de le faire.

Pour ces motifs, la cour de première instance a conclu:

[TRADUCTION] Cela constituait une violation anticipée et fondamentale de son contrat avec le club de Toronto, qui devait entrer en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> juin 1974 et, à mon avis, la défenderesse avait le droit de résilier le contrat, ce qu'elle a fait. Elle était dès lors dégagée de l'obligation de verser un salaire.



The Court of Appeal adopted the reasons of Goodman J. at trial "With the exception of the reliance of the trial judge upon the *ejusdem generis* rule ..." with respect to s. 28 of the agreement.

It would be well to sweep aside the matter of the by-laws of the Canadian Football League before turning to the operative terms of the contract. Section 7 of the contract provides that:

7. The player agrees to comply with all the rules and regulations now, or which may hereafter be, adopted during the duration of this contract, by the Canadian Football League and/or the Conference and/or the Club.

The by-laws are not made a part of the agreement. The clause clearly does not mean the by-laws would override any terms of the contract. At most it calls upon the player when performing his services under the contract to conform to League requirements. The reference in s. 7 to rules which may be adopted by the Club underlines this meaning. Furthermore the record includes only sections 4 and 8 of the League by-laws, the former relating to the procedures of notifying other members of the League when "dispensing with the services of a player", and the latter dealing with the recording of player contracts with the League by each team member and the eligibility of team players to compete in League games. Counsel agreed before this Court that these League regulations are not relevant to the interpretation of the contractual terms before the Court, and at the most assist in matters of terminology.

The key issue, therefore, is to determine the contractual consequences of the action taken by the respondent in August 1972.

Paragraph 10 of the contract, *supra*, expressly gives the respondent "the right to terminate this contract". Paragraph 11 then adds "Upon termination of this contract ..." the compensation payable shall be calculated according to the pro-

La Cour d'appel a adopté les motifs rendus en première instance par le juge Goodman [TRADUCTION] «sauf dans la mesure où le juge de première instance s'est fondé sur la règle *ejusdem generis* ... » relativement à la clause 28 du contrat.

Il serait bon de trancher la question du règlement intérieur de la Ligue canadienne de football avant de passer à une étude des dispositions essentielles du contrat. La clause 7 du contrat prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 7. Le joueur s'engage à se conformer à l'ensemble des règles et règlements actuellement en vigueur ou à ceux que la Ligue canadienne de football, la Division ou le Club, ou les trois à la fois, pourront adopter pendant la durée du présent contrat.

Le règlement intérieur ne fait pas partie du contrat. Il est évident que la clause ne signifie pas que ce règlement intérieur l'emporte sur toute disposition du contrat. Elle exige tout au plus que le joueur, en rendant ses services en vertu du contrat, se conforme à certaines exigences de la Ligue. Cette interprétation est renforcée par la mention, dans la clause 7, des règles que le Club peut adopter. De plus, le dossier n'énonce que les art. 4 et 8 du règlement intérieur de la Ligue; le premier se rapporte à la procédure à suivre pour aviser les autres membres de la Ligue lorsqu'on [TRADUCTION] «remercie un joueur de ses services», et le second traite de l'enregistrement des contrats des joueurs auprès de chaque équipe membre de la Ligue et de l'admissibilité des joueurs qui font partie des équipes à participer aux matchs de la Ligue. Les avocats ont reconnu en cette Cour que ces règlements de la Ligue ne sont d'aucune utilité en ce qui concerne l'interprétation des clauses contractuelles soumises à l'examen de la Cour et que tout au plus ils peuvent être utiles sur le plan terminologique.

La question fondamentale est donc de savoir quelles sont les répercussions contractuelles de la mesure prise par l'intimée en août 1972.

La clause 10 du contrat, précitée, confère expressément à l'intimée «le droit de résilier le présent contrat». Puis la clause 11 ajoute que «Si le présent contrat est résilié ... », la rémunération à verser sera calculée suivant la proportion qui existe

portion of games played prior to such termination to the total games scheduled for the year. Of course the terms of paragraph 11 are wholly inconsistent with those of s. 28 which require the respondent to pay "the sums set forth in paragraphs 3, 27 and 29" (the basic player and coach compensation and renewal contract compensation) "under all circumstances". This is the broad definition given to the word "guaranteed" after it appears after each sum stipulated in the said paragraphs 3, 27 and 29. The only descriptive or qualifying terms relating to this definition follow in paragraph 28 or are found in the "addendum", *supra*. Paragraph 28 adds, "even if the player is injured, is cut from the Club or is incapable in any way from playing or coaching football". The trial judge equated the words "even if" to "including circumstances where" and concluded that the three illustrations or conditions which followed formed a class of non-willful circumstances not created by the player, and thereupon applied the *ejusdem generis* rule of construction concluding that the guaranty was terminated with the execution by the appellant of the Portland contract. The Court of Appeal confirmed this result although without reliance on this rule of interpretation. The addendum, *supra*, expressly adds one further circumstance where the guaranty would not apply, namely where "the player is unable to play football as a result of injuries incurred not in the course of his employment". This is an express exclusion from the guaranty of a circumstance which would ordinarily be described as "non-willful". The words "even if" carry an emphasis or an inference that underlines the sweeping character of the expression in the guaranty itself, "all circumstances". In contrast, the expression "including circumstances where" is an illustrative phrase which lacks the demonstrative tone of the expression "even if". In my view a closer or more appropriate synonym would be "notwithstanding that". Either way the term is calculated to assure the player being recruited as a member of the respondent's team that the guaranty had no limits other than what was established in the addendum.

However, this still leaves the heart of the issue untouched, that is, after the events of August 1972

entre le nombre de matchs disputés avant cette résiliation et le nombre total de matchs prévus au calendrier pour l'année. La clause 11 est évidemment tout à fait incompatible avec la clause 28 qui exige que l'intimée paie «les sommes mentionnées aux clauses 3, 27 et 29» (la rémunération de base pour les services de joueur et d'entraîneur et l'indemnité applicable au renouvellement du contrat) «dans tous les cas». Voilà la définition générale qui est donnée au mot «garanti» inscrit après chaque montant stipulé aux clauses 3, 27 et 29. Les seuls mots qui précisent ou limitent la portée de cette définition suivent dans la clause 28 ou se trouvent dans l'«annexe», précitée. La clause 28 ajoute «même si le joueur est blessé, s'il est retranché du Club ou s'il est pour quelque raison incapable de jouer au football ou de remplir des fonctions d'entraîneur». Selon le juge de première instance, les mots «même si» reviennent à dire «y compris le cas où» et il a conclu que les trois exemples ou situations qui suivent constituent une classe de circonstances fortuites qui ne sont pas provoquées par le joueur; cela dit, il a appliqué la règle d'interprétation *ejusdem generis*, concluant que la garantie a pris fin au moment de la signature par l'appelant du contrat avec Portland. La Cour d'appel a confirmé cette conclusion, sans toutefois se fonder sur cette règle d'interprétation. L'annexe, précitée, précise un autre cas où la garantie ne s'appliquerait pas, savoir lorsque «le joueur est incapable de jouer au football par suite de blessures subies autrement que dans le cadre de son emploi». Ainsi est expressément soustraite à la garantie une circonstance que l'on qualifierait ordinairement de «fortuite». Les mots «même si» ont une portée ou un sens qui souligne la nature générale de l'expression «tous les cas» qui figure dans la garantie elle-même. L'expression «y compris le cas où», par contre, sert d'exemple et est à ce titre dépourvue du ton démonstratif de l'expression «même si». A mon avis, un synonyme plus exact ou plus approprié serait «même quand». Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une expression conçue pour assurer le joueur recruté comme membre de l'équipe de l'intimée que la garantie n'est limitée que par ce qui est prévu à l'annexe.

Cela ne répond pas toutefois à la question fondamentale de savoir quelle était la situation juridi-

and the continuing relationship between the parties in 1973, what was the status in law of this contract of employment? The respondent pleaded in its statement of defence that the contract had been terminated pursuant to action taken under paragraph 10. The defence reads:

The Plaintiff was released by the Club in August, 1972 in accordance with the provisions of paragraph 10. He was paid the amounts owing under the contract to that date in accordance with the provisions of paragraph 11. The Club had no further obligations to the Plaintiff under the contract.

The negotiation rights with reference to the appellant passed to the Hamilton member of the League and remained there until surrendered or reassigned by Hamilton to the respondent in 1974 when the respondent had already received notice of the appellant's demands and knowledge of the Portland contract. Significantly there is attached to the 1974 segment of the contract:

Player Greg Barton for the 74 season has been removed from the register for the following reason: . . . Terminated. Player waived and deleted from roster.

Taking into account oral testimony which the trial judge later found to be inadmissible, it was concluded:

At its best, I am of the opinion that the discussions between the parties related to no more than the intention that the Toronto Club would guarantee that the income the plaintiff would receive from playing football and coaching during the Canadian Football League playing season in the years 1971, 1972, 1973 and 1974 would be no less than the amounts set forth in the four contracts and that there was no express agreement that in the event that the plaintiff was "cut" from the Toronto Club's roster, that he would be entitled to full payment from the Toronto Club in addition to any salary he might earn from playing for any other club in the Canadian Football League or National Football League.

This of course leaves unanswered the question as to whether the guaranty would reflect by reduction any amounts received for playing football in Portland. Elsewhere the court accepted the evidence on behalf of the respondent that the appellant, after

que de ce contrat de travail à la suite des événements d'août 1972 et des rapports continus entre les parties en 1973. L'intimée a soutenu dans les conclusions de sa défense que le contrat avait été résilié conformément à la clause 10. La défense porte:

[TRADUCTION] Le Club a congédié le demandeur en août 1972 conformément aux dispositions de la clause 10. En conformité avec la clause 11, on lui a payé les montants qui, aux termes du contrat, lui étaient dus jusqu'à cette date. Le Club n'avait aucune autre obligation envers le demandeur en vertu du contrat.

Les droits de négociation relatifs à l'appelant sont passés au club d'Hamilton membre de la Ligue qui les a conservés jusqu'en 1974, année où il les a cédés ou retransférés à l'intimée qui, à cette époque, avait déjà été avisée des réclamations de l'appelant et du contrat que ce dernier avait signé avec Portland. Il est important de souligner la mention suivante jointe à la partie du contrat qui s'applique à l'année 1974:

[TRADUCTION] Pour la saison 1974, le joueur Greg Barton a été radié du registre pour le motif suivant: . . . Résilié. Joueur offert au repêchage et radié de la liste des joueurs actifs.

Compte tenu du témoignage qu'il a ultérieurement jugé irrecevable, le juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] Tout au mieux, j'estime que les entretiens entre les parties ont porté simplement sur l'intention que le club de Toronto garantisse que le revenu que le demandeur toucherait pour jouer au football et rendre des services d'entraîneur au cours des saisons 1971, 1972, 1973 et 1974 de la Ligue canadienne de football ne serait pas inférieur aux montants prévus dans les quatre contrats. J'estime en outre qu'il n'y avait pas d'entente expresse selon laquelle, au cas où le demandeur serait «retranché» de la liste des joueurs actifs du club de Toronto, il aurait droit au paiement de la somme totale par le club de Toronto, en plus de tout salaire qu'il pourrait toucher en jouant pour un autre club de la Ligue canadienne de football ou de la Ligue nationale de football.

Cela ne répond évidemment pas à la question de savoir si la garantie serait réduite en fonction des montants touchés pour jouer au football à Portland. Par ailleurs, la cour a retenu le témoignage rendu pour le compte de l'intimée suivant lequel

August 1972, could have signed a contract to play for any football team. The issue therefore narrows down to the position of the parties under paragraph 28 as to the extent of the guaranty. The court summarizes these positions:

The defendant's [respondent's] position is however that as soon as the plaintiff signed his contract with the Portland Club, he was no longer in a position to fulfill his contract and that his action in signing such a contract amounted to a repudiation of his contract with the defendant, thereby excusing it from performance on its part.

This seems to be somewhat at odds with the endorsement attached to the 1974 contract as quoted above; as well as being at odds with the pleaded position, *supra*.

Equally ambivalent is the appellant. As the trial judge put it:

The plaintiff [appellant] took the position that the definition of "guarantee" in paragraph 28 is clear and all embracing and that the defendant [respondent] must pay the plaintiff under all circumstances excluding the circumstances mentioned in the addendum . . .

The trial judge then concluded that paragraph 28 would raise no obligation in the respondent to pay the appellant where the appellant willfully refused to provide his services or:

. . . where he willfully entered into a contract covenanting to provide his services to another club during the time period when he could have been required to make his services available to the Toronto Club under the fourth contract.

But this does not meet the need to resolve the clash between paragraphs 10 and 28 of the contract. If the contract was indeed terminated in August 1972 leaving a crystallized debt owing to the appellant, his conduct thereafter does nothing to alter the obligation of the respondent. If on the other hand the events of August 1972 did not terminate the contract under paragraph 10, then the respondent's right to look to the appellant for services continues and the appellant's conduct in 1974 becomes vital to the appellant's continued

l'appelant aurait pu, après le mois d'août 1972, signer un contrat lui permettant de jouer pour n'importe quelle équipe de football. La question se ramène donc à la position des parties, en vertu de  
 a la clause 28, quant à la portée de la garantie. La cour résume ainsi leurs positions respectives:

[TRADUCTION] La défenderesse [l'intimée] fait cependant valoir qu'aussitôt après avoir signé le contrat avec le club de Portland, le demandeur n'était plus en mesure d'exécuter son contrat et que la signature de ce contrat équivalait à une répudiation de son contrat avec la défenderesse, la dégageant ainsi de son obligation de l'exécuter.

c Cela semble quelque peu incompatible avec la déclaration précitée jointe au contrat de 1974 et également incompatible avec la position adoptée dans la plaidoirie susmentionnée.

d L'appelant s'exprime de façon tout aussi ambivalente. Comme l'a dit le juge de première instance:

[TRADUCTION] Selon la thèse du demandeur [l'appellant], la définition du mot «garanti» contenue dans la clause 28 est à la fois claire et de portée générale, et la défenderesse [l'intimée] est tenue de payer le demandeur dans tous les cas, sauf ceux mentionnés dans l'annexe . . .

f Le juge de première instance a alors conclu que la clause 28 n'oblige pas l'intimée à payer l'appelant si celui-ci refuse délibérément de fournir ses services ou:

g [TRADUCTION] . . . s'il a signé de plein gré un contrat par lequel il s'est engagé à fournir ses services à un autre club pendant la période où il aurait pu être tenu, en vertu du quatrième contrat, de les réserver au club de Toronto.

h Mais cela ne suffit pas pour régler le conflit entre les clauses 10 et 28 du contrat. Si le contrat a vraiment été résilié en août 1972, de sorte que l'appelant se trouvait créancier d'une somme cristallisée, la conduite ultérieure de ce dernier ne change rien à l'obligation de l'intimée. Si, par contre, les événements d'août 1972 n'ont pas eu pour effet de mettre fin au contrat en vertu de la clause 10, alors l'intimée continue d'avoir un droit de regard sur les services de l'appelant et la conduite de celui-ci en 1974 revêt une importance

entitlement under paragraph 28.

The trial judge may have been responding to this problem when he stated:

In my opinion the defendant [respondent] was entitled to expect that the plaintiff's [appellant's] services would be available to it under the fourth contract as of June 1st, 1974, in consideration for its covenant to guarantee payment of his salary. If it did not choose to make use of his services for their own team during that year, it would have been entitled to have his services available so that the player could be traded. The plaintiff's own evidence was that at the time he entered into the contract with the Toronto Club it was on the understanding that he could be traded. I have indicated that in my view such evidence is inadmissible in this case. If I am wrong in that conclusion and such evidence is admissible, it supports the interpretation which I have placed on the contract. If the plaintiff was available for trade purposes, the defendant would no doubt have endeavoured to obtain some payment from the other club for the playing rights to the plaintiff's services or to have obtained the services of some other player in exchange for those of the plaintiff. In my opinion the defendant if it had traded the player to some other club in the Canadian Football League would have been entitled to set-off against its salary liability to the plaintiff the amount which the other club was prepared to pay to it or to the plaintiff for his services. The defendant was entitled to the exclusive use of the plaintiff's services for the 1974 season. Although it is not certain that it would have made use of such services or have been successful in trading him during the 1974 season, it was effectively deprived of the opportunity of endeavouring to do so.

There is no evidence of any effort by the respondent to trade the appellant. This expression is used by all participants in these proceedings and really relates to the right of the respondent under paragraph 14 of the contract to assign the contract. Following the League rules the respondent offered the appellant's contract to all members of the League in August 1972 but all members "waived" the opportunity to acquire the services of the appellant. Neither the previous coach nor the coach in 1973-74 wished to employ the services of the appellant. In January 1973 the Hamilton member of the League, in accordance with League rules, placed the appellant on its players negotiation list. In fact, neither Hamilton nor any other

capitale lorsqu'il s'agit de déterminer s'il continuait à bénéficier du droit que lui confère la clause 28.

Il se peut que le juge de première instance ait répondu à ce problème lorsqu'il a affirmé:

[TRADUCTION] A mon avis, la défenderesse [l'intimée] était en droit de s'attendre, en échange de son engagement à garantir le paiement du salaire du demandeur [l'appellant], à disposer des services de ce dernier à partir du 1<sup>er</sup> juin 1974, conformément au quatrième contrat. Si la défenderesse avait choisi de ne pas recourir à ses services pour sa propre équipe au cours de l'année en question, elle aurait eu le droit de les retenir en vue d'un échange. Le demandeur a lui-même témoigné que, lorsqu'il a signé le contrat avec le club de Toronto, c'était à la condition de pouvoir être échangé. J'ai déjà souligné qu'à mon avis ce témoignage est irrecevable en l'espèce. A supposer que cette conclusion soit erronée et qu'il soit recevable, le témoignage en question appuie mon interprétation du contrat. Si le demandeur avait été disponible aux fins d'un échange, la défenderesse aurait sans doute essayé de se faire indemniser par l'autre club pour les droits aux services du demandeur en tant que joueur, ou d'obtenir les services d'un autre joueur en échange de ceux du demandeur. J'estime que si la défenderesse avait, par voie d'échange, cédé le joueur à un autre club de la Ligue canadienne de football, elle aurait pu compenser son obligation salariale envers le demandeur par le montant que l'autre club était prêt à lui payer ou à payer au demandeur pour les services de ce dernier. La défenderesse avait un droit exclusif aux services du demandeur pour la saison 1974. Même s'il n'est pas certain qu'elle aurait eu recours à ces services ou qu'elle aurait réussi à l'échanger au cours de la saison 1974, elle se trouvait effectivement privée de la possibilité de tenter de le faire.

Rien n'indique que l'intimée ait fait le moindre effort pour échanger l'appellant. Cette expression est utilisée par toutes les parties à ces procédures et elle se rapporte vraiment au droit de céder le contrat que possède l'intimée en vertu de la clause 14 de ce contrat. Conformément aux règles de la Ligue, l'intimée a offert le contrat de l'appellant à tous les membres de la Ligue en août 1972, mais ils ont tous «renoncé» à la possibilité d'acquérir les services de l'appellant. Ni l'entraîneur-chef en fonction en 1973 et 1974 ni son prédécesseur n'ont voulu retenir ses services. En janvier 1973, le club d'Hamilton membre de la Ligue, en conformité avec les règles de la Ligue, a inscrit l'appellant sur sa liste de négociation. En fait, ni le club d'Hamil-

member of the League negotiated with the appellant. On May 24, 1974 the Hamilton team removed the appellant from its negotiation list and on the same day the respondent added the appellant to its list. The trial judge observed:

I have no doubt however that the fact that the plaintiff's [appellant's] name was placed on the Toronto Club's list on May 24th, 1974 was precipitated by the plaintiff's letter of May 15th 1974. By that time Barrow knew that the plaintiff would not be available as a player because he had signed to play for the Portland Club. I also have no doubt that Hamilton readily transferred the plaintiff from their list as his departure for the World Football League would make it readily apparent to them that he would not soon be available as a player for them or indeed for any competing club. On the other hand it must have been readily apparent to Barrow that it might be of some importance to his Club at least to acquire the right to make use of the plaintiff's playing services, in the event, as appeared likely from the plaintiff's letter, that he were to insist on payment under his contract for the year 1974. Regardless of the motive however the Toronto Club by placing the plaintiff's name on its negotiation list on May 24th, 1974, became entitled to his playing services in the Canadian Football League during the 1974 season. It is true of course that at the time the plaintiff signed his contract with the Portland Club, they were not in a position to make use of his services.

The factual position of the respondent in 1974 therefore may indeed be accurately reflected in the document appended to the 1974 contract, *supra*, which shows a change of status in the appellant which is described as "terminated".

Reference has been made in the judgment below and in argument here to the doctrine of 'fundamental breach'. The execution of the Portland contract, removing as it did the capacity of the appellant to perform the contract with the respondent in 1974, was indeed fundamental to the purpose of that contract. It struck at the core of the purpose of the four year obligation to supply the appellant's services to the respondent. This is of importance, however, only if the contract was then still in existence. It begs the continuing and only question, namely the status of the contract

ton ni aucun autre membre de la Ligue n'a négocié avec l'appellant. Le 24 mai 1974, l'équipe d'Hamilton a radié l'appellant de sa liste de négociation et, à la même date, l'intimée l'a ajouté à sa propre liste. Le juge de première instance a fait remarquer:

[TRADUCTION] Je n'ai toutefois pas le moindre doute que c'est la lettre du demandeur [l'appellant], en date du 15 mai 1974, qui a hâté l'inscription du nom du demandeur sur la liste du club de Toronto le 24 mai 1974. Barrow savait, à cette époque, que le demandeur ne serait pas disponible comme joueur parce qu'il avait signé un contrat en vue de jouer pour le club de Portland. Je ne doute pas non plus que le club d'Hamilton ait promptement radié le demandeur de sa liste, puisqu'il lui était bien évident qu'à la suite de son départ pour la Ligue mondiale de football, le demandeur ne pourrait pas de sitôt jouer pour lui ni même pour un club rival. Par contre, Barrow a bien dû se rendre compte qu'il pourrait être important pour son club d'acquérir au moins le droit de recourir aux services du demandeur en tant que joueur au cas où, comme il ressort vraisemblablement de sa lettre, le demandeur exigerait d'être payé conformément à son contrat pour l'année 1974. Toutefois, quel qu'ait pu être le motif qui l'a incité à inscrire le nom du demandeur sur sa liste de négociation le 24 mai 1974, le club de Toronto a, ce faisant, acquis le droit à ses services comme joueur dans la Ligue canadienne de football pendant la saison 1974. Bien sûr, il est vrai qu'au moment où le demandeur a signé son contrat avec le club de Portland, le club de Toronto n'était pas en mesure de recourir à ses services.

La situation factuelle de l'intimée en 1974 peut donc se refléter fidèlement dans le document précité annexé au contrat de 1974; ce document indique un changement de la situation de l'appellant dont il est dit que le contrat est «résilié».

La doctrine de la «violation fondamentale» a été mentionnée tant dans le jugement de la cour d'instance inférieure que dans les plaidoiries en cette Cour. La signature du contrat avec le club de Portland, en ce qu'elle a mis l'appellant dans l'impossibilité d'exécuter son contrat avec l'intimée en 1974, revêt en fait une importance fondamentale aux fins de ce contrat. Elle va directement à l'encontre de l'objet de l'obligation de l'appellant de fournir ses services à l'intimée pendant quatre ans. Mais cela n'est important que dans la mesure où le contrat subsistait à cette époque, et exige que l'on

and the position of the contracting parties thereunder in 1974. In any case, the doctrine of fundamental breach was developed by the courts to determine the efficacy of an exemption clause in a contract where there occurs a breach of that contract which strikes at the very heart and purpose of the bargain. This is not the case here and that principle has no application.

It may be that the constituents of a fundamental breach and an anticipatory breach are in law the same. But again, this begs the question as to whether in 1974 the contract still existed. If it did, obviously the appellant has committed an anticipatory breach going to the root of the contract and entitling the respondent to treat the contract as at an end and to sue for damages for the breach. This of course assumes the existence of the contract. The respondent's damages flowing directly from such a breach are, by its own documentary and oral evidence, nil.

If the contract was still alive in 1974 two other considerations arise. Is the respondent's insistence that the appellant continue to hold himself in readiness, at least to the extent that his services were utilized in 1973, for a call on his services by the respondent, in order to preserve his entitlement to the benefits of the guaranty justified? The respondent, be it noted, has not denied the appellant's right to play for others. Indeed, the respondent recognized he was free from 1972 onwards to do so as a free agent. The principle in *Lumley v. Wagner* [(1852), 1 De G.M. & G. 604], thus has no application here. Neither is there here present the element of restraint of trade. The restraint on the appellant, if there is one in the contract, would be unenforceable unless it were reasonable as between the team and the player and reasonable in the public interest as well. It can be said on the evidence here present that the respondent has no continuing 'interest' in the appellant's services. The only possible interest would be either a fear of competition against him in the C.F.L. which ended with the Portland contract, or a furtive hope of a beneficial trade or assignment of the appellant's

se pose l'unique et constante question de savoir quelle était la situation du contrat et des parties contractantes en 1974. Quoi qu'il en soit, les cours ont élaboré la doctrine de la violation fondamentale pour déterminer l'efficacité d'une clause d'exemption dans un contrat lorsque survient une violation qui va à l'encontre de l'essence et de l'objet mêmes de cette entente. Ce n'est pas le cas en l'espèce et ce principe ne s'applique donc pas.

Il se peut que les éléments constitutifs d'une violation fondamentale et d'une violation anticipée soient les mêmes du point de vue juridique. Mais là encore, cela exige que l'on se pose la question de savoir si, en 1974, le contrat subsistait. S'il subsistait, il est évident que l'appelant a commis une violation anticipée qui allait à l'encontre du principe du contrat et qui donnait à l'intimée le droit de considérer le contrat comme rompu et d'intenter une action en dommages-intérêts pour cette rupture. Cela présuppose l'existence du contrat. D'après la preuve écrite et orale de l'intimée, une telle violation ne lui cause directement aucun préjudice.

En supposant que le contrat était encore valide en 1974, deux autres facteurs surgissent. L'intimée était-elle justifiée d'exiger que l'appelant se tienne prêt à fournir, sur demande, au moins des services semblables à ceux fournis en 1973, pour que celui-ci conserve son droit de se prévaloir de la garantie? On doit souligner que l'intimée n'a pas nié le droit de l'appelant de jouer pour d'autres équipes. En fait, elle a reconnu qu'à partir de 1972, l'appelant était libre de le faire en sa qualité d'agent libre. Le principe de l'arrêt *Lumley v. Wagner* [(1852), 1 De G.M. & G. 604] ne s'applique donc pas en l'espèce. Il n'existe également en l'espèce aucune clause de non-concurrence. Si le contrat imposait une restriction à l'appelant, cette restriction ne serait exécutoire qu'à la condition d'être raisonnable tant du point de vue de l'équipe et du joueur que de celui de l'intérêt public. D'après la preuve présentée en l'espèce, on peut affirmer que l'intimée n'a aucun «droit» permanent aux services de l'appelant. Le seul droit qu'il pourrait y avoir résulterait de la crainte de subir une concurrence dans la L.C.F., qui s'est dissipée avec la signature du contrat avec Portland, ou d'un

contract. The player had been waived out of the League two years earlier, had not played football since that time, and was on no one's negotiating list except Hamilton's which had not negotiated with him, and indeed had ultimately removed him from its list without any apparent receipt of benefit from the respondent. Moreover the respondent sought not to restrain the appellant's freedom to play but merely a release from the guaranty if he did play for another team. The doctrine of restraint of trade thus has no application here.

It may be said that the appellant was under a duty to mitigate so that he could not merely sit out the balance of the four year period in idleness and receive the benefits of the guaranty. The appellant, as the trial judge has said, is not in strict law claiming damages, but rather performance of a contract obligation or the payment of a debt which arose on the termination of the contract and under its terms. There may nonetheless be a public policy against the enforcement of such a clause in any manner so as either to encourage idleness, or to fail to enforce such a clause against the guarantor because the guaranty did not remain idle. It may be in the circumstances of this contract that the appellant, faced with the respondent's actions in 1972 and 1973, is required only to act in a reasonable way. See *Compania Naviera Marapon S/A v. Bowaters Lloyd Pulp and Paper Mills Ltd.*, [1955] 2 Q.B. 68. The respondent can, on this view of the termination clause, claim the benefit of any action of the appellant which results in a diminution of the appellant's loss, for example, the \$20,000 received from the Portland organization, and the respondent may be entitled to this though no duty arises in the appellant to take such action. See *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673 at p. 690. Conversely, on the sale of goods at least, where a vendor accepts the purchaser's conduct as anticipatory repudiation, the vendor is under a duty to take reasonable steps to mitigate his loss. Here the appellant responded ambiguous-

espoir secret de tirer profit d'un échange de l'appellant ou de la cession de son contrat. Deux ans auparavant le joueur avait été offert au repêchage et aucune équipe de la Ligue ne l'avait repêché; depuis lors, il n'avait pas joué au football et n'était inscrit sur aucune liste de négociation, si ce n'est celle du club d'Hamilton qui n'avait pas négocié avec lui et qui, en fin de compte, l'avait radié de sa liste sans apparemment avoir reçu de compensation de l'intimée. De plus, cette dernière a cherché non pas à entraver la liberté de jouer de l'appellant, mais simplement à être déchargée de la garantie s'il jouait pour une autre équipe. La doctrine de la non-concurrence ne s'applique donc pas en l'espèce.

On peut dire qu'il incombait à l'appellant de réduire ses pertes, c'est-à-dire qu'il ne pouvait pas se contenter de demeurer inactif pendant le reste de la période de quatre ans et profiter de la garantie. L'appellant, comme l'a dit le juge de première instance, ne réclame pas des dommages-intérêts au sens juridique strict; il exige plutôt l'exécution d'une obligation contractuelle ou le paiement d'une dette issue, aux termes du contrat, de la résiliation de ce contrat. Il se peut néanmoins qu'il y ait un principe général selon lequel une telle clause ne doit pas servir à encourager l'inactivité, ni à exempter le garant de s'exécuter pour le motif que le bénéficiaire de la garantie n'est pas demeuré inactif. Il se peut, en fonction de ce contrat, que l'appellant, vu les mesures prises par l'intimée en 1972 et en 1973, ne soit tenu que d'agir raisonnablement. Voir *Compania Naviera Marapon S/A v. Bowaters Lloyd Pulp and Paper Mills Ltd.*, [1955] 2 Q.B. 68. Suivant cette interprétation de la clause de résiliation, l'intimée peut demander à bénéficier de tout acte de l'appellant qui entraîne une diminution de la perte subie par ce dernier, comme c'est le cas des \$20,000 reçus de l'organisation de Portland, et elle peut avoir le droit d'en bénéficier même si l'appellant n'est pas tenu d'agir ainsi. Voir *British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Limited v. Underground Electric Railways Company of London, Limited*, [1912] A.C. 673, à la p. 690. Inversement, du moins dans le domaine de la vente de marchandises, lorsqu'il reconnaît que la conduite de l'acheteur constitue une répudiation anticipée, le vendeur est tenu de



ly. He continued through 1972 and 1973 to hold himself available and indeed performed administrative and coaching duties occasionally, thus appearing to treat the contract as continuing. On the other hand the appellant contracted to play elsewhere without seeking the consent of the respondent as he claimed the contract had been terminated. By analogy to the rules on breach, if the appellant has not accepted the contract as being terminated under para. 10 in 1972 but treats it as continuing, there is no repudiation, no right to damages, and of course no duty to mitigate. See *Shindler v. Northern Raincoat Co. Ltd.*, [1960] 1 W.L.R. 1038. The learned author of *McGregor on Damages*, 14th ed., discusses the duty to mitigate with reference to a contract for the delivery of services but where a wrongful refusal of acceptance occurs (which is not the case here) in the following way:

... in contracts involving the rendering of services and the non-acceptance of these services as the breach, although it is clear that the plaintiff must try to sell his services elsewhere, this mitigating step may not yet have become finally incorporated into the normal measure of damages. This is so both in contracts of hiring and in contracts of carriage [para. 223].

By analogy it may be argued that the same standard should apply where the services have been rightfully declined and not wrongfully rejected. Certainly the law should not, in my view, coerce a contracting party to do more than he is bound by contract to do, but it goes much further to say that the law requires idleness if the benefits of a guaranty are not to be jeopardized. It might be otherwise where the services are legitimately sought to be maintained on a stand-by basis for a fee and in circumstances which clearly show that to be the mutual understanding of the parties to the arrangement. This is not our case.

Of course if the appellant's claim is in law for a debt due under a contract resulting from the appellant's performance of that contract and not a

prendre des mesures raisonnables en vue de réduire ses pertes. Ici, l'appelant a donné une réponse ambiguë. Au cours des années 1972 et 1973, il est demeuré disponible et, en fait, il a rempli à l'occasion des fonctions d'administrateur et d'entraîneur; il semblait ainsi considérer que le contrat subsistait. Par contre, l'appelant a signé un contrat en vue de jouer ailleurs, sans demander le consentement de l'intimée, car, selon lui, le contrat avait été résilié. Par analogie avec les règles en matière d'inexécution, on peut conclure que si l'appelant n'a pas reconnu qu'en 1972 il y a eu résiliation du contrat en vertu de la clause 10, mais considère qu'il subsiste, il n'y a aucune répudiation, aucun droit à des dommages-intérêts et, bien entendu, aucune obligation de réduire les pertes. Voir *Shindler v. Northern Raincoat Co. Ltd.*, [1960] 1 W.L.R. 1038. Le savant auteur de *McGregor on Damages*, 14<sup>e</sup> éd., parle ainsi de l'obligation de réduire les pertes dans le cas d'un contrat de prestation de services et d'un refus injustifié d'accepter ces services (ce qui n'est pas le cas en l'espèce):

[TRADUCTION] ... dans les contrats qui portent sur la prestation de services et où l'inexécution est la non-acceptation de ces services, bien qu'il soit évident que le demandeur doit essayer de vendre ses services ailleurs, il est possible que cette mesure visant à réduire les pertes ne soit pas encore intégrée de façon définitive dans l'évaluation ordinaire des dommages-intérêts. Cela vaut autant pour les contrats d'embauchage que pour les contrats de transport [par. 223].

Par analogie, on peut prétendre que la même norme devrait s'appliquer lorsque le refus d'accepter les services est justifié. Certes, la loi ne devrait pas, à mon avis, contraindre une partie contractante à faire plus que ce à quoi elle est tenue en vertu du contrat, mais c'est aller beaucoup plus loin que de dire que la loi prescrit l'inactivité afin de bénéficier d'une garantie. Il pourrait en être autrement si l'on cherchait légitimement à conserver l'accès aux services en cas de besoin, moyennant rémunération et dans des circonstances qui indiquent clairement que c'est là l'intention des parties à l'entente. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Bien sûr, si la réclamation de l'appelant vise, du point de vue juridique, le paiement d'une dette qui est due en vertu d'un contrat et qui résulte de

claim in damages for breach of contract, the rules of mitigation are not applicable. *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, [1962] A.C. 413; *McGregor on Damages*, 14th ed., para. 221.

If the appellant, faced with an offer from the Portland organization, had declined to take the rigours of that employment or the risk of injury, could the respondent have refused to pay on the guaranty, or at least to reduce the amount of the guaranty to reflect the potential receipts from the Portland organization? This brings into focus the need to determine in the disposition of this appeal the nature of the contract and the rights and obligations of the parties thereunder, the consequences in law of the actions of the respondent, and the classification in law of the claims now made by the appellant. In all this discussion it must be remembered that no one asserts a breach of contract in 1972. The appellant simply asserts that the contract was terminated and presumably now seeks to collect a debt arising under its terms at the time of termination. The respondent says it simply exercised its right to dispense with the appellant's services and continued to perform the contract, including the guaranty, until the appellant breached the contract in March 1974.

There is, in short, an air of unreality to the respondent's position, at least by the year 1974. There is nothing in the record to indicate any request by the respondent to the appellant to hold himself in readiness and nothing in para. 10 can be stretched into what might be called a stand-by provision after the services of the player have been dispensed with. There is nothing about para. 28 or the law surrounding it in my view which justifies an all or nothing stance on the part of the guarantor. That stance is predicated by an insistence by the guarantor on a state of idleness by the guarantee in order to maintain the status of the guaranty. Such a right has as its necessary concomitant a freezing of a wasting asset, that is the short-lived athletic talent which is the *res* of this contract. It

l'exécution de ce contrat par l'appellant, et non pas le paiement de dommages-intérêts pour violation de contrat, les règles en matière de réduction des pertes ne s'appliquent pas. *White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, [1962] A.C. 413; *McGregor on Damages*, 14<sup>e</sup> éd., par. 221.

Si l'appellant, en présence d'une offre de l'organisation de Portland, avait refusé d'assumer les rigueurs de cet emploi ou les risques de blessures, l'intimée aurait-elle pu refuser de le payer en exécution de la garantie, ou tout au moins réduire le montant de la garantie en fonction du revenu qui aurait pu provenir de l'organisation de Portland? Cette question fait ressortir la nécessité de déterminer, aux fins du présent pourvoi, la nature du contrat ainsi que les droits et obligations des parties contractantes, les conséquences juridiques des mesures prises par l'intimée et la classification juridique des réclamations que fait maintenant l'appellant. Dans toute cette discussion, il faut se rappeler que personne ne soutient qu'il y a eu violation de contrat en 1972. L'appellant affirme simplement qu'il y a eu résiliation du contrat et il y a lieu de croire qu'il cherche maintenant à obtenir le paiement d'une dette qui, aux termes de ce contrat, est issue de la résiliation. L'intimée affirme qu'elle a exercé simplement son droit de remercier l'appellant de ses services et qu'elle a continué d'exécuter le contrat, y compris la garantie, jusqu'à la rupture du contrat par l'appellant en mars 1974.

Bref, la position de l'intimée manque de réalisme, du moins en ce qui concerne l'année 1974. Rien au dossier n'indique que l'intimée a demandé à l'appellant de se tenir disponible et rien à la clause 10 ne peut être interprété de manière à constituer ce qu'on pourrait appeler une clause de disponibilité applicable après avoir remercié le joueur de ses services. A mon avis, il n'y a rien non plus dans la clause 28 ou dans le droit y afférent qui justifie la position de la garante voulant que ce soit tout ou rien. Cette prise de position traduit l'insistance de la garante sur la nécessité que le bénéficiaire de la garantie soit inactif pour que cette garantie demeure applicable. Un tel droit comporte nécessairement le gel d'un actif passager, c'est-à-dire le talent éphémère d'un athlète,

would be a much better principle of law if the guarantor were to be accorded the benefit of the proceeds from the efforts of the guarantee either under the principles of mitigation or as the offset to a reward for idleness. In the result the guarantee would have the benefit of the gainful use of his wasting talent, the community would enjoy the benefit of the appellant's skills, and the respondent the relief from the full burden of the guaranty.

It should be observed that in the event the essence of the action is a recovery of debt without any burden on the part of the claimant to mitigate, the Court is not required to decide on these facts what effect, if any, there would be upon the guarantor of a refusal by the appellant either to resume playing for the respondent on request or to accept an offer from another team during the four year period.

It is also clear that paras. 12 and 13 of the contract must in any case be limited, whatever may be the life of the contract, to that period wherein the respondent wishes to avail itself of the services of the appellant. Indeed the respondent has accepted this proposition throughout these proceedings. Consequently, whether or not the contract remained in existence, the attainment of "free agent status" effectively ended the operation of the prohibition in paras. 12 and 13. Furthermore, by 1974 at least, the respondent cannot be heard to claim damages in the event the appellant exercises his football talents for others as on the documentary and testimonial evidence the respondent had placed no value on those services by 1974.

In all these circumstances the Court is presented with two alternatives. Either the contract has been terminated by the conduct of the parties or the contract remains in effect with some provisions modified by reason of the conduct of the parties.

In the event the contract has not been terminated, the services of the appellant of course remain available to the respondent. The wording of para. 28 whereby the payments stipulated in the contract are guaranteed "under all circumstances" is clear and includes even the circumstance of a

qui est l'objet du présent contrat. Ce serait un principe de droit bien supérieur si la garante pouvait bénéficier des fruits des efforts du bénéficiaire de la garantie, soit en vertu du principe de la réduction des pertes, soit par la réduction du montant de la récompense pour l'inactivité. En définitive, le bénéficiaire de la garantie pourrait mettre à profit son talent passager, la collectivité bénéficierait de sa compétence et l'intimée n'aurait plus à assumer le fardeau complet de la garantie.

Il y a lieu de remarquer que dans le cas où l'action vise essentiellement le paiement d'une dette sans que le réclamant soit obligé de réduire ses pertes, la Cour n'est pas tenue alors de déterminer quel serait l'incidence, s'il en est une, sur la garante du refus de l'appelant soit de recommencer à jouer sur demande pour l'intimée, soit d'accepter une offre d'une autre équipe pendant la période de quatre ans.

Il est également évident que les clauses 12 et 13 du contrat doivent en tout état de cause se limiter, quelle que soit la durée du contrat, à la période pendant laquelle l'intimée souhaite profiter des services de l'appelant. L'intimée a d'ailleurs souscrit à cette thèse tout au long de ces procédures. Par conséquent, peu importe si le contrat subsistait, l'acquisition du «statut d'agent libre» a effectivement mis fin à l'application de l'interdiction prescrite aux clauses 12 et 13. En outre, dès 1974 au moins, l'intimée ne pouvait plus réclamer des dommages-intérêts si l'appelant exerçait ses talents de footballeur pour d'autres équipes, étant donné que la preuve, tant écrite qu'orale, révèle que dès 1974 l'intimée n'attachait plus aucune valeur aux services de l'appelant.

Vu toutes ces circonstances, la Cour se trouve en face de deux possibilités: soit que la conduite des parties a mis fin au contrat, soit que le contrat demeure en vigueur avec certaines dispositions modifiées en raison de la conduite des parties.

Si le contrat n'est pas résilié, l'intimée continue bien entendu d'avoir droit aux services de l'appelant. La formulation de la clause 28 qui stipule que les paiements prévus par le contrat sont garantis dans «tous les cas», est claire et comprend même le cas d'une rupture de contrat par l'appelant et, tout

breach of contract by the appellant and at least the circumstances where the appellant has tendered his services and they have been refused by the respondent. Though the contract is in existence on this theory, given the circumstances as they existed at least by 1974, a breach in the form of the execution of the Portland contract would give rise to no damages in the respondent, either for the loss of his services or for the alleged loss of the opportunity to trade the appellant. Furthermore the appellant agrees that the contract does not entitle realization on the full guaranty, presumably because receipt of the proceeds from a breach of the contract without offset in the guaranty would render the guaranty unenforceable. In the result, if the contract has not been terminated, the appellant would, on this line of reasoning, be entitled to the face value of the guaranty less receipts from the Portland organization.

The second alternative proceeds on the assumption that there was a termination of the contract as authorized by para. 10 in August 1972 by the respondent and that such termination has been accepted as such by the appellant. Paragraph 10 is very clear: "the Club [the respondent] shall have the right to terminate this contract upon notice to the player." Paragraph 11 states: "Upon termination of this contract during the football season . . .". Following its action under para. 10 the respondent removed the appellant from the team roster and offered the appellant to other members of the League. Throughout the ensuing two years the respondent continues to regard the contract for services as terminated. Another member of the League has claimed the negotiation rights to the appellant. The respondent in 1974 reclaims these negotiation rights. This conduct is utterly inconsistent with the position now asserted by the respondent that the contract remains in effect. If there were a contract in existence it is difficult to see what negotiation rights the respondent wished to acquire. The appellant had not played for two years. He was only on the negotiation list of the respondent. No team had ever negotiated with him and he had been waived through the League according to the League rules two years earlier. The claim in debt survives in any case because it arose under a term of the terminated contract by

au moins, celui où l'intimée refuse les services que lui a offerts l'appellant. Même si, suivant cette théorie, le contrat subsiste, vu les circonstances qui existaient dès 1974 au moins, une rupture sous la forme de la signature du contrat avec Portland ne donnerait à l'intimée aucun droit à des dommages-intérêts ni pour la perte des services de l'appellant ni pour la prétendue perte de la possibilité de l'échanger. L'appellant reconnaît en outre que le contrat ne confère pas le droit de profiter de toute la garantie, probablement parce que la réception du produit d'une rupture du contrat, sans compensation sur le plan de la garantie, rendrait non exécutoire la garantie. En définitive, si le contrat n'était pas résilié, l'appellant, suivant ce raisonnement, aurait droit à la valeur nominale de la garantie moins le montant des recettes provenant de l'organisation de Portland.

La seconde possibilité a pour prémisse que l'intimée a, conformément à la clause 10, résilié le contrat en août 1972 et que cette résiliation a été acceptée comme telle par l'appellant. La clause 10 est très claire: «le Club [l'intimée] a le droit de résilier le présent contrat après en avoir avisé le joueur.» La clause 11 stipule: «Si le présent contrat est résilié au cours de la saison de football . . . ». A la suite de la mesure prise conformément à la clause 10, l'intimée a radié l'appellant de la liste des joueurs actifs de l'équipe et l'a offert à d'autres membres de la Ligue. Au cours des deux années qui ont suivi, l'intimée a continué de considérer le contrat de travail comme résilié. Un autre membre de la Ligue avait réclamé les droits de négociation relatifs à l'appellant. En 1974, l'intimée a elle-même récupéré ces droits de négociation. Cette conduite est tout à fait incompatible avec la position défendue maintenant par l'intimée, savoir que le contrat demeure valide. S'il y avait effectivement un contrat, on voit mal de quels droits de négociation l'intimée a voulu se porter acquéreur. L'appellant n'avait pas joué depuis deux ans. Il n'était inscrit que sur la liste de négociation de l'intimée. Aucune équipe n'avait jamais négocié avec lui et, deux années auparavant, aucune équipe de la Ligue n'avait voulu le repêcher conformément aux règles de la Ligue. La demande de paiement d'une dette subsiste de toute façon parce

reason of the performance of the contract up to the date of termination by the appellant. The appellant's action may therefore be characterized in law as either an action in debt or an action to enforce a term of the contract. In my view, the former alternative is the correct characterization. On the theory of termination, the appellant became entitled to play for any team after August 1972. The respondent has acknowledged this throughout these proceedings and hence the contract must have ended at that time, otherwise the restrictions of paras. 12 and 13 would prohibit such action by the appellant. The appellant agrees that, in any event, be the contract terminated or not, what might be called double recovery is not permissible, presumably because the policy, which forbids a requirement of idleness to protect the status of the guaranty, must at the same time forbid a claim upon the guarantor for so much of the guaranty as has been received from other sources.

In my view the second alternative is the correct one in law. The appellant is therefore entitled to the net recovery of \$35,064.12. For these reasons I would allow the appeal and order that judgment be entered in favour of the appellant in the amount of \$35,064.12 together with costs throughout.

The judgment of Dickson, Beetz and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment of my brother Estey. They set out fully the facts in the case; include particulars of the series of contracts involved; describe the issues involved and the positions adopted by the appellant and respondent. I regret that I am unable to agree with these reasons.

In my opinion, the trial judge dealt correctly with this matter by dismissing the plaintiff's action and in holding that while the respondent was obligated to pay the salary provided for in the contract for the full term; this obligation depended upon the plaintiff's being available and willing to provide the services mentioned in the contract

qu'elle procède d'une clause du contrat résilié, en raison de l'exécution du contrat par l'appelant jusqu'à la date de résiliation. Donc, du point de vue juridique, l'action de l'appelant peut être définie soit comme une action en paiement d'une dette, soit comme une action en exécution d'une clause du contrat. A mon avis, c'est la première définition qui est exacte. Suivant la théorie de la résiliation, l'appelant a acquis, après août 1972, le droit de jouer pour n'importe quelle équipe. L'intimée a reconnu cela tout au long de ces procédures et il s'ensuit que le contrat a dû prendre fin à ce moment-là, sinon les restrictions contenues dans les clauses 12 et 13 interdiraient une telle action de la part de l'appelant. L'appelant reconnaît qu'en tout état de cause, que le contrat soit résilié ou non, il ne lui est pas permis de bénéficier de ce qu'on pourrait appeler une double indemnisation, probablement parce que le principe général qui interdit de prescrire l'inactivité pour que la garantie demeure applicable, doit également interdire de réclamer du garant, au titre de la garantie, l'équivalent de ce qui a été tiré d'autres sources.

A mon avis, c'est la seconde possibilité qui, du point de vue juridique, est la bonne. L'appelant a donc droit au montant net de \$35,064.12. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner que le jugement soit inscrit en faveur de l'appelant pour le montant de \$35,064.12 avec dépens dans toutes les cours.

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

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Estey. Ils comportent un énoncé complet des faits, un exposé détaillé de la série de contrats en cause et une description des questions litigieuses et des positions adoptées par l'appelant et l'intimée. Avec regrets, je ne puis souscrire à ces motifs.

A mon avis, c'est à bon droit que le juge de première instance a rejeté l'action du demandeur et qu'il a conclu que même si l'intimée était tenue de verser le salaire prévu au contrat pendant toute la durée de celui-ci, cette obligation était assujettie à la condition que, pendant la saison 1974, le demandeur soit disponible et disposé à rendre les

during the season of 1974. The appellant, by entering into a contract with the Portland football team and playing for that team, effectively breached the contractual arrangement he had with the respondent, and freed the respondent of any further obligation to pay salary under the contract. I observe that the Court of Appeal, while expressing reservation regarding the trial judge's application of the *ejusdem generis* rule, which reservation I share, reached the same conclusion. For the reasons given by the trial judge and the Court of Appeal, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs, LASKIN C.J. and ESTEY J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Gerald Sternberg, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Campbell, Godfrey, Lewtas, Toronto.*

services mentionnés au contrat. L'appelant, en signant un contrat avec l'équipe de football de Portland et en jouant pour cette équipe, a effectivement rompu son contrat avec l'intimée, dégageant ainsi cette dernière de toute obligation de verser le salaire qui y était prévu. Je constate que la Cour d'appel est arrivée à la même conclusion, tout en exprimant des réserves quant à l'application par le juge de première instance de la règle *ejusdem generis*, réserves que je partage. Pour les motifs donnés par le juge de première instance et la Cour d'appel, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LASKIN et le juge ESTEY sont dissidents.*

*Procureur de l'appelant: Gerald Sternberg, Toronto.*

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

**Alain Goyette** *Appellant;*

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent.*

File No.: 16423.

1982: May 12; 1982: May 31.

Present: Dickson, Beetz, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Habeas corpus — Commencement of sentence — Warrants of committal — Consecutive rather than concurrent sentences of imprisonment — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 649(3), (4).*

On December 17, 1979, in the Court of Sessions of the Peace, District of Montreal, appellant was ordered to pay a fine of \$200 within 120 days or to serve a three month term of imprisonment. The 120 days expired on April 15, 1980, and a warrant of committal was only issued against him on July 4, 1980. This warrant was not executed until August 13, 1980. However, between June 10 and August 10, 1980, appellant had served terms of imprisonment pursuant to other warrants of committal. Appellant maintained that it was illegal to hold him under the warrant executed on August 13, because the effect of executing warrants of committal in succession was to make sentences, which would otherwise have been concurrent, consecutive. Relying on s. 649(4) of the *Criminal Code*, the Superior Court and the Court of Appeal dismissed his application for a writ of *habeas corpus*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court refusing to issue a writ of *habeas corpus*. Appeal dismissed.

*Céline Pelletier*, for the appellant.

*Ginette Kirouac* and *Bernard Laprade*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

DICKSON J.—We are all of the view that this appeal should be dismissed for the reasons stated

**Alain Goyette** *Appelant;*

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

N° du greffe: 16423.

1982: 12 mai; 1982: 31 mai.

Présents: Les juges Dickson, Beetz, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Habeas corpus — Début de sentence — Mandats d'incarcération — Sentences d'emprisonnement consécutives au lieu de concurrentes — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 649(3), (4).*

Le 17 décembre 1979 en Cour des sessions de la paix, district de Montréal, l'appelant a été condamné à une amende de \$200 payable dans un délai de 120 jours ou à défaut à trois mois d'emprisonnement. Les 120 jours ont expiré le 15 avril 1980 et ce n'est que le 4 juillet 1980 qu'un mandat de dépôt a été décerné contre lui. Ce mandat n'a été exécuté que le 13 août 1980. Or, entre le 10 juin et le 10 août 1980, l'appelant avait purgé des peines d'emprisonnement en vertu d'autres mandats de dépôt. L'appelant soutient que la détention en vertu du mandat exécuté le 13 août est illégale parce que l'exécution en série des mandats de dépôt a eu pour effet de rendre consécutives des sentences qui autrement auraient été concurrentes. La Cour supérieure et la Cour d'appel en se basant sur le par. 649(4) du *Code criminel* ont rejeté sa demande pour la délivrance d'un bref d'*habeas corpus*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure refusant la délivrance d'un bref d'*habeas corpus*. Pourvoi rejeté.

*Céline Pelletier*, pour l'appelant.

*Ginette Kirouac* et *Bernard Laprade*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Nous sommes tous d'avis de rejeter ce pourvoi pour les raisons exprimées

by the Court of Appeal of Quebec<sup>1</sup>, though we do not thereby express any opinion as to the meaning of subs. (3) of s. 649 of the *Criminal Code*.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Rouleau, Rumanek, Sirois & Denault, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Ginette Kirouac, Montreal.*

<sup>1</sup> C.A. Mtl., No. 500-10-000318-806, January 16, 1981.

par la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup>, sans pour autant nous prononcer quant au sens du par. (3) de l'art. 649 du *Code criminel*.

*a Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Rouleau, Rumanek, Sirois & Denault, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Ginette Kirouac, Montréal.*

<sup>1</sup> C.A. Mtl., n° 500-10-000 318-806, 16 janvier 1981.



**Eva Joyce Ruttan** *Appellant*;

and

**James Russell Ruttan** *Respondent*.

File No.: 16515.

1982: February 3; 1982: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Matrimonial law — Reciprocal enforcement of maintenance orders — Validity of order questioned before enforcing court — Whether or not enforcing court has jurisdiction to determine validity of order — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 2, 11(1),(2), 15.*

This appeal deals with whether or not a provincial court, enforcing a maintenance order of a superior court of another province, has jurisdiction to make inquiries into and to hear evidence as to the validity of the order. Respondent argued before a B.C. provincial court that a child maintenance order from Nova Scotia was invalid, as the child, then 16, was no longer a child of the marriage, and led evidence as to her circumstances. His appeal from the provincial court's order to the county court, by way of trial *de novo* was dismissed but the appeal to the Court of Appeal was allowed.

*Held:* The appeal should be allowed.

The provincial court judge, had she entertained the question of whether or not the child remained a child of the marriage, would have gone beyond enforcement proceedings and entrenched on the jurisdiction of the court that made the order. The court of original jurisdiction alone can exercise the power to vary, change, revoke, or refuse or delay enforcement.

A maintenance order made on behalf of a child under sixteen is not extinguished by operation of law on the child's reaching that age; a child does not cease to be a child of the marriage only by reason of attaining the provincial age of majority.

*Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205; *Meek v. Enright* (1977), 5 B.C.L.R. 11, considered.

**Eva Joyce Ruttan** *Appelante*;

et

**James Russell Ruttan** *Intimé*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 16515.

1982: 3 février; 1982: 31 mai.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

<sup>c</sup> *Droit matrimonial — Exécution réciproque des ordonnances alimentaires — Mise en question de la validité de l'ordonnance devant la cour qui l'exécute — La cour qui exécute l'ordonnance est-elle compétente pour déterminer la validité de cette ordonnance? — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 2, 11(1), (2), 15.*

<sup>d</sup> Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si une cour provinciale qui exécute une ordonnance rendue par une cour supérieure d'une autre province est compétente pour demander des renseignements et entendre des témoignages portant sur la validité de l'ordonnance. L'intimé a soutenu, devant une cour provinciale de la Colombie-Britannique, que l'ordonnance alimentaire rendue en Nouvelle-Ecosse à l'égard d'une enfant était invalide puisque l'enfant, alors âgée de 16 ans, n'était plus une enfant du mariage et il a témoigné sur la situation de l'enfant. L'appel de l'ordonnance de la cour provinciale qu'il a formé, par voie de procès *de novo*, auprès de la cour de comté, a été rejeté, mais l'appel interjeté auprès de la Cour d'appel a été accueilli.

<sup>e</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

<sup>f</sup> Si le juge de la Cour provinciale s'était arrêtée à la question de savoir si l'enfant demeurait un enfant du mariage, elle aurait outrepassé les procédures d'exécution et aurait empiété sur la compétence de la cour qui a rendu l'ordonnance. Seule la cour du premier ressort peut modifier ou révoquer le jugement, ou encore en refuser ou en retarder l'exécution.

<sup>g</sup> Une ordonnance alimentaire rendue à l'égard d'un enfant de moins de seize ans ne cesse pas légalement d'être en vigueur lorsque l'enfant atteint l'âge de seize ans; l'enfant ne cesse pas d'être un enfant du mariage pour le seul motif qu'il a atteint l'âge de la majorité fixé par la province.

<sup>h</sup> Jurisprudence: arrêts examinés: *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205; *Meek v. Enright* (1977), 5 B.C.L.R. 11.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1981), 119 D.L.R. (3d) 695, 20 R.F.L. (2d) 122, [1981] 3 W.W.R. 385, allowing an appeal from the judgment of Anderson C.C.J. dismissing an appeal by way of trial *de novo* from the order of Murphy P.C.J. Appeal allowed.

*W. A. Pearce*, for the appellant.

*Theodore Nemetz*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant and respondent were formerly wife and husband. Their marriage was dissolved by a decree nisi of divorce made in the Supreme Court of Nova Scotia on May 4, 1978. The decree nisi provided for an order of maintenance for an infant child of the marriage, Mary Gladys Ruttan, in these terms:

... the Respondent shall pay to the Family Court, 2660 Agricola St. Halifax, N.S. for the support and maintenance of the said infant child, the sum of One Hundred Dollars (\$100.00) per month, the first such payment to be made on May 15, 1978 and thereafter on the fifteenth day of each and every succeeding month.

The infant child, the subject of the maintenance order, was born on May 26, 1962 and she attained the age of sixteen years on May 26, 1978, some three weeks after the making of the decree nisi. The payments under the order fell into arrears. Consequently, the decree nisi was transmitted to the Registrar of the Supreme Court of Victoria, pursuant to Rule 36 of the *British Columbia Divorce Rules*, and thereafter was sent to the Provincial Court of British Columbia, Richmond Registry, for enforcement under Rule 36(4) of the *Divorce Rules*.

A show cause summons was issued to the respondent and at the show cause hearing on July 17, 1979, an order was made for the payment of five hundred dollars (\$500) on account of arrears, on or before June 15, 1979. At the hearing the respondent contended that the child was no longer a child of the marriage. He gave evidence to the effect that the child was at that date in grade 12

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1981), 119 D.L.R. (3d) 695, 20 R.F.L. (2d) 122, [1981] 3 W.W.R. 385, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Anderson de la Cour de comté, qui a rejeté l'appel par voie de procès *de novo* de l'ordonnance du juge Murphy de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

*W. A. Pearce*, pour l'appelante.

*Theodore Nemetz*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelante et l'intimé étaient autrefois conjoints. Leur mariage a été dissout par un jugement conditionnel de divorce rendu par la Cour suprême de Nouvelle-Écosse le 4 mai 1978. Ce jugement conditionnel comporte une ordonnance alimentaire pour une enfant du mariage, Mary Gladys Ruttan. Cette ordonnance se lit comme suit:

[TRADUCTION] ... l'intimé paiera au tribunal de la famille sis à 2660, rue Agricola, Halifax (N.-E.), la somme de cent dollars (\$100) par mois pour l'entretien de ladite enfant, le premier paiement échéant le 15 mai 1978 et les autres le quinzième jour de chaque mois suivant.

L'enfant visée par l'ordonnance alimentaire est née le 26 mai 1962 et elle a atteint l'âge de seize ans le 26 mai 1978, quelque trois semaines après le prononcé du jugement conditionnel. Les paiements ordonnés n'ont pas été faits à échéance. En conséquence, le jugement conditionnel a été transmis au greffe de la Cour suprême de Victoria, conformément à l'art. 36 des *Règles de divorce de la Colombie-Britannique* et, par la suite, envoyé à la Cour provinciale de Colombie-Britannique, greffe de Richmond, pour exécution conformément au par. 36(4) des *Règles de divorce*.

L'intimé a été assigné à comparaître à une audience de justification et, lors de cette audience tenue le 17 juillet 1979, la cour a ordonné le paiement de cinq cents dollars (\$500), à titre d'arrérages, au plus tard le 15 juin 1979. A l'audience, l'intimé a soutenu que l'enfant n'était plus une enfant du mariage. Selon le témoignage de l'intimé, l'enfant était à ce moment-là en douzième

and engaged in part-time employment as a cashier in a supermarket, making a substantial contribution to her own maintenance. It was also shown that the appellant at the time of the show cause proceedings was resident in Nova Scotia.

The respondent herein appealed to the County Court of Vancouver by way of trial *de novo*. This appeal was dismissed. The County Court judge held that there was no authority to go behind the order or to question it. A further appeal to the Court of Appeal for British Columbia succeeded with one dissent. Lambert and Anderson J.J.A. were of the opinion that while the Provincial Court Judge could not alter or vary an order of a superior court of another province, she was not prevented from making inquiries to decide whether the order in respect of which enforcement was sought was still a valid and subsisting order. Hinkson J.A., dissenting, would have dismissed the appeal considering that any power to vary or alter the order resided solely in the Court which had made it.

The relevant statutory provisions are set out hereunder: Section 2 of the *Divorce Act* provides:

2. ...

"children of the marriage" means each child of a husband and wife who at the material time is

- (a) under the age of sixteen years, or
- (b) sixteen years of age or over and under their charge but unable, by reason of illness, disability or other cause, to withdraw himself from their charge or to provide himself with necessaries of life;

Section 11 provides for the granting of corollary relief.

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,

année et travaillait à temps partiel comme caissière dans un supermarché, subvenant ainsi à une part importante de ses propres besoins. On a également établi qu'au moment de l'audience de justification l'appelante résidait en Nouvelle-Écosse.

L'intimé dans la présente affaire a interjeté appel auprès de la Cour de comté de Vancouver, par voie de procès *de novo*. Cet appel a été rejeté. Le juge de la Cour de comté a conclu que la cour n'avait pas le pouvoir de réviser cette ordonnance ou de la mettre en question. L'appel ultérieur à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été accueilli avec une dissidence. Les juges Lambert et Anderson ont estimé que même si le juge de la Cour provinciale ne pouvait modifier une ordonnance d'une cour supérieure d'une autre province, rien ne l'empêchait de vérifier si l'ordonnance dont on demandait l'exécution était encore valide. Le juge Hinkson, dissident, aurait rejeté l'appel parce que, selon lui, l'ordonnance ne peut être modifiée que par la cour qui l'a rendue.

Je cite ici les dispositions législatives pertinentes. L'article 2 de la *Loi sur le Divorce* se lit comme suit:

2. ...

«enfants du mariage» désigne tout enfant des conjoints qui, à l'époque pertinente,

- a) est âgé de moins de seize ans, ou
- b) est âgé de seize ans ou plus et qui est à la charge des conjoints mais ne peut, à cause de maladie ou d'invalidité ou pour une autre cause, cesser d'être à leur charge ou se procurer de lui-même les nécessités de la vie;

L'article 11 prévoit des mesures accessoires.

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) the children of the marriage, or  
 (iii) the wife and the children of the marriage;  
 (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.

It will be noted that the power to vary or rescind such an order is conferred upon the Court that made it. Section 15 covers the question of enforcement in superior courts in these terms:

15. An order made under section 10 or 11 by any court may be registered in any other superior court in Canada and may be enforced in like manner as an order of that superior court or in such other manner as is provided for by any rules of court or regulations made under section 19.

And B.C. Divorce Rule 36 provides in this respect:

Rule 36. (1) Where an order has been made by any other Court in Canada under section 10 or 11 of the Act the order may be registered pursuant to section 15 of the Act by filing an exemplification or certified copy of the order in the office of the Registrar of the Supreme Court of Victoria, whereupon it shall be entered as an order of the Court.

(2) . . .

(3) . . .

(4) An order registered under this rule may be enforced by the Provincial Court (Family Division) of British Columbia as if it were a maintenance order within the meaning of Part IV of the *Family Relations Act* of the Province of British Columbia.

(ii) des enfants du mariage, ou  
 (iii) de l'épouse et des enfants du mariage;

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.

Il y a lieu de noter que le pouvoir de modifier ou de révoquer une telle ordonnance est conféré à la cour qui l'a rendue. L'article 15 traite de l'exécution de ces ordonnances dans les cours supérieures en ces termes:

15. Une ordonnance rendue en vertu des articles 10 ou 11 par un tribunal peut être enregistrée à toute autre cour supérieure au Canada et peut être exécutée de la même manière qu'une ordonnance de cette cour supérieure ou de toute autre manière prévue par des règles de pratique ou des règlements adoptés en vertu de l'article 19.

A cet égard, l'art. 36 des Règles de divorce de la Colombie-Britannique prescrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Article 36. (1) Lorsqu'une autre cour au Canada a rendu une ordonnance en vertu de l'article 10 ou de l'article 11 de la Loi, cette ordonnance peut être enregistrée en vertu de l'article 15 de la Loi par le dépôt d'une copie certifiée conforme de l'ordonnance au greffe de la Cour suprême de Victoria, où elle sera inscrite comme une ordonnance de la Cour.

(2) . . .

(3) . . .

(4) La Cour provinciale de la Colombie-Britannique (Division de la famille) peut exécuter l'ordonnance enregistrée en vertu du présent article comme s'il s'agissait d'une ordonnance alimentaire au sens de la partie IV de la *Family Relations Act* de la province de Colombie-Britannique.

The one point in issue on this appeal is whether a provincial court, before which enforcement of an order of maintenance made in a decree nisi in a superior court in another province is sought, has jurisdiction to make inquiries and to hear evidence for the purpose of deciding whether a child named in the order continues to be a child of the marriage within the meaning of the *Divorce Act*.

Before this Court, the appellant took the position that the provincial court in dealing with an order for maintenance made under the *Divorce Act* in the superior court in another province is limited in its jurisdiction to enforcing the order in accordance with the provisions outlined above and is precluded from varying, altering, rescinding or remitting it. All power to vary an order for maintenance, it was contended, remained in the court which made it. She drew attention to s. 11(2) of the *Divorce Act* in support of this proposition. The respondent argued that a child, the subject of a maintenance order under the *Divorce Act*, ceased to be a child upon attaining the age of sixteen years by operation of law. Declining to enforce an order in these circumstances on the basis that the child was not at the date on which enforcement was sought a child of the marriage would not be a variation of the original order since it could subsist as a valid order only for so long as the child possessed the character of a child of the marriage.

In my opinion this appeal must succeed. With the utmost deference to the majority of the Court of Appeal, I am of the opinion that the authorities are against their position. It is my view that Hinkson J.A., in his dissenting reasons, was correct in rejecting the argument that a maintenance order made on behalf of a child under sixteen was extinguished by operation of law when the child reached that age. I agree with his view that the judgment of this Court in *Jackson v. Jackson*, [1973] S.C.R. 205, did not have that effect but merely held on this point that such a child did not cease to be a child of the marriage only by reason of the fact of his having attained majority under provincial age of majority legislation. I am also in

La seule question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si une cour provinciale, à laquelle on demande l'exécution d'une ordonnance alimentaire rendue dans un jugement conditionnel par une cour supérieure d'une autre province, est compétente pour demander des renseignements et entendre des témoignages aux fins de déterminer si l'enfant nommé dans l'ordonnance continue d'être un enfant du mariage au sens de la *Loi sur le divorce*.

En cette Cour, l'appelante a soutenu que la cour provinciale saisie d'une ordonnance alimentaire rendue, en vertu de la *Loi sur le divorce*, par une cour supérieure d'une autre province, ne peut qu'exécuter l'ordonnance conformément aux dispositions énoncées plus haut et qu'elle ne peut pas modifier ou révoquer cette ordonnance ni la renvoyer au tribunal qui l'a rendue. Elle a soutenu que le pouvoir de modifier une ordonnance alimentaire appartient à la cour qui l'a rendue. Elle a invoqué le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce* à l'appui de cette thèse. L'intimé soutient que l'enfant visé par une ordonnance alimentaire en vertu de la *Loi sur le divorce* cesse d'être un enfant, en vertu de la loi, dès qu'il atteint l'âge de seize ans. Le refus d'exécuter une ordonnance dans ces circonstances, pour le motif que l'enfant n'était plus un enfant du mariage au moment de la demande d'exécution de l'ordonnance, ne constitue pas une modification de celle-ci puisque l'ordonnance n'est valide que pendant la période où l'enfant continue d'être un enfant du mariage.

A mon avis, le pourvoi doit être accueilli. Avec les plus grands égards pour la majorité de la Cour d'appel, je suis d'avis que la jurisprudence ne confirme pas leur position. J'estime que le juge Hinkson a raison, dans ses motifs de dissidence, de rejeter l'argument selon lequel une ordonnance alimentaire rendue à l'égard d'un enfant de moins de seize ans cesse légalement d'être en vigueur lorsque l'enfant atteint l'âge de seize ans. Je souscris à son avis selon lequel l'arrêt de cette Cour, *Jackson c. Jackson*, [1973] R.C.S. 205, n'a pas cette portée mais conclut simplement, à ce sujet, qu'un enfant ne cesse pas d'être un enfant du mariage pour le seul motif qu'il a atteint l'âge de la majorité prescrit par la loi provinciale en la

agreement with him in his reliance on the case of *Meek v. Enright* (1977), 5 B.C.L.R. 11, and I refer to the following passage from the judgment of Bull J.A. in that case at pp. 16 and 17:

Admittedly the relevant provisions could have been more clearly phrased. But I get some comfort for my view (in conformation of that of the Supreme Court Judge) when I consider that what I think is a sound, but broader, view of the basic legislative policy lying behind the reciprocal registrations and enforcement of foreign judgments and orders. I think it plain, both in logic and judicial history, that where a foreign court having jurisdiction over the parties makes an order or judgment affecting their respective rights, and a party against whom a duty or liability is found moves to another jurisdiction, the reciprocal provisions for following that person to that jurisdiction with that judgment for enforcement should not endow the new jurisdiction with the right to do anything more than carry out the enforcement. Whether the judgment should be varied, changed, revoked or enforcement refused or delayed should be for the court of original jurisdiction. That principle seems quite apparent in the Family Relations Act in its reciprocal provisions that orders originating in one jurisdiction require confirmation in the other before becoming effective and enforceable where the originating jurisdiction did not have jurisdiction over all the parties at the time of the order or judgment.

The law so stated is applicable to the facts of this case and in my view it is decisive. If the provincial court judge had entertained the question of whether or not the child remained a child of the marriage, she would have gone beyond enforcement proceedings and trespassed upon the jurisdiction of the Court which made the order. I would therefore allow the appeal with costs and restore the order of the provincial court judge.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the respondent: T. Nemetz, Toronto.*

matière. J'estime aussi qu'il a eu raison de se fonder sur l'arrêt *Meek v. Enright* (1977), 5 B.C.L.R. 11, et je tiens à citer le passage suivant des motifs du juge Bull dans cet arrêt, aux pp. 16

a et 17:

[TRADUCTION] Certes, les dispositions pertinentes auraient pu être formulées de façon plus claire. Je trouve cependant un appui à mon opinion (qui est compatible avec celle du juge de la Cour suprême) lorsque je considère que mon point de vue représente une interprétation logique mais plus générale du principe législatif fondamental qui sous-tend l'enregistrement et l'exécution réciproques des jugements et ordonnances émanant de tribunaux étrangers. Lorsqu'un tribunal étranger qui a compétence sur les parties rend une ordonnance ou un jugement touchant leurs droits respectifs et qu'une partie liée par le jugement déménage dans un autre ressort, je crois qu'il est évident, tant du point de vue logique que de celui de l'histoire judiciaire, que les dispositions de réciprocité qui permettent l'exécution de ce jugement contre cette personne dans cet autre ressort ne devraient pas permettre à cette autre juridiction de faire autre chose que de l'exécuter. Il devrait appartenir à la cour du premier ressort de décider s'il y a lieu de modifier ou de révoquer le jugement, ou encore d'en refuser ou d'en retarder l'exécution. Ce principe semble très manifeste dans les dispositions de réciprocité de la *Family Relations Act* suivant lesquelles les ordonnances rendues dans un ressort doivent être confirmées dans l'autre avant de devenir valides et exécutoires lorsque la cour du premier ressort n'a pas compétence sur toutes les parties au moment de l'ordonnance ou du jugement.

Le droit ainsi énoncé s'applique aux faits de l'espèce et, à mon avis, il est péremptoire. Si le juge de la Cour provinciale s'était arrêtée à la question de savoir si l'enfant demeurait un enfant du mariage, elle aurait outrepassé les procédures d'exécution et aurait empiété sur la compétence de la cour qui a rendu l'ordonnance. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir l'ordonnance du juge de la Cour provinciale.

i *Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intimé: T. Nemetz, Toronto.*

**Canadian Air Traffic Control Association**  
*Appellant;*

and

**Her Majesty The Queen in right of Canada**  
**as represented by the Treasury Board**  
*Respondent;*

and

**The Public Service Alliance of Canada**  
*Intervener;*

and

**The Professional Institute of the Public**  
**Service of Canada** *Intervener.*

File No.: 16762.

1982: February 2; 1982: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Labour relations — Public service — Designated employees — Nature and scope of the duty of the Public Service Staff Relations Board under s. 79 of the Public Service Staff Relations Act — Whether the Board erred — Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 79.*

Following the Minister of Transport's decision to maintain the commercial air system in the event of a strike, respondent requested the Public Service Staff Relations Board under s. 79(2) of the *Public Service Staff Relations Act* that most operational controllers in the Air Traffic Control Group be considered "designated employees". Such employees cannot participate in a strike. Appellant objected to the employer's request and pursuant to s. 79(3) the Board was required to determine the employees to be designated. The Board, however, assumed authority under s. 79 to determine what level of air services was necessary to be provided in order to ensure the safety and security of the public and the number of employees in the bargaining unit who would be needed to provide that level of service in the event of a strike. The Federal Court of Appeal allowed Crown's

**Association canadienne du contrôle du trafic**  
**aérien** *Appelante;*

et

<sup>a</sup> **Sa Majesté La Reine du chef du Canada**  
**représentée par le Conseil du Trésor** *Intimée;*

et

<sup>b</sup> **L'Alliance de la Fonction publique du Canada**  
*Intervenante;*

et

<sup>c</sup> **L'Institut professionnel de la Fonction**  
**publique du Canada** *Intervenant.*

N° du greffe: 16762.

<sup>d</sup> 1982: 2 février; 1982: 31 mai.

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

<sup>e</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Relations de travail — Fonction publique — Employés désignés — Nature et étendue de l'obligation imposée à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique par l'art. 79 de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique — La Commission a-t-elle commis une erreur? — Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35, art. 79.*

Par suite de la décision du ministre des Transports de maintenir les services aériens commerciaux en cas de grève, l'intimée a proposé à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique, conformément au par. 79(2) de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, que la plupart des contrôleurs préposés à l'exploitation faisant partie du groupe du contrôle de la circulation aérienne soient considérés comme des «employés désignés». Ces employés ne peuvent participer à une grève. L'appelante a fait opposition à la proposition de l'employeur et, en application du par. 79(3), la Commission a dû décider quels employés devaient être désignés. Toutefois, en vertu de l'art. 79, la Commission s'est attribué le pouvoir de déterminer en premier lieu le niveau de services aériens qui doit être fourni pour que soient assurées la sûreté et la sécurité du public et en

appeal and set aside the Board's order.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The purpose of s. 79(3) was to determine, in advance of conciliation, what employees in the bargaining unit were precluded from going on strike. The task of the Board when called upon to make a determination under that section was to consider those employees in the bargaining unit who had been designated by the employer and to decide whether the performance of their stipulated duties as employees was necessary for public safety or security. It did not authorize the Board to determine the level of service to be provided.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1981), 128 D.L.R. (3d) 685, setting aside a decision of the Public Service Staff Relations Board. Appeal dismissed.

*John P. Nelligan, Q.C., and Catherine H. MacLean*, for the appellants.

*Robert Cousineau*, for the respondent.

*Maurice W. Wright, Q.C.*, for the interveners the Public Service Alliance of Canada.

*Muriel I. Korngold-Wexler*, for the interveners the Professional Institute of the Public Service of Canada.

*John E. McCormick*, for the Public Service Staff Relations Board (advisor only).

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant has appealed from a judgment of the Federal Court of Appeal which set aside a decision of the Public Service Staff Relations Board (“the Board”), made in reliance upon s. 79 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35 (“the Act”), respecting the designation of employees in the Air Traffic Control Group Bargaining Unit, for which the appellant is the bargaining agent. The issue before the Court is as to the nature and scope of the duty imposed on the Board by the provisions of subs. (3) of that section.

second lieu le nombre d'employés compris dans l'unité de négociation qui serait requis pour fournir ce niveau de services en cas de grève. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel formé par la Couronne et infirmé la décision de la Commission.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 79(3) vise à déterminer, avant la conciliation, quels sont les employés de l'unité de négociation qui ne pourront faire la grève. Quand la Commission est appelée à faire une détermination conformément à ce paragraphe, sa tâche est de considérer les employés de l'unité de négociation que l'employeur a désignés, puis de décider si l'exercice des fonctions qui leur incombent à titre d'employés est nécessaire pour la sûreté ou la sécurité du public. Le paragraphe 79(3) n'autorise pas la Commission à déterminer l'étendue des services qui doivent être maintenus.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1981), 128 D.L.R. (3d) 685, qui a infirmé une décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. Pourvoi rejeté.

*John P. Nelligan, c.r., et Catherine H. MacLean*, pour l'appellante.

*Robert Cousineau*, pour l'intimée.

*Maurice W. Wright, c.r.*, pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

*Muriel I. Korngold-Wexler*, pour l'intervenant l'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada.

*John E. McCormick*, pour la Commission des relations de travail dans la Fonction publique (à titre de conseiller seulement).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appellante attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a infirmé une décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique («la Commission»). Fondée sur l'art. 79 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-35 («la Loi»), cette décision concerne la désignation d'employés faisant partie de l'unité de négociation que constitue le groupe du contrôle de la circulation aérienne dont l'appellante est l'agent négociateur. Le litige en cette Cour porte sur la nature et l'étendue de l'obligation que le par. 79(3) impose à la Commission.



In order to determine that issue, it is desirable to consider the wording of s. 79 in relation to other relevant provisions of the Act dealing with the resolution of disputes between employer and employee in the Public Service of Canada.

The Act is entitled *An Act respecting employer and employee relations in the Public Service of Canada*. Part II of the Act is entitled *Collective Bargaining and Collective Agreements*. Within Part II are the provisions for the certification of bargaining agents to represent groups of employees in bargaining units. One of the duties of the certified bargaining agent is to select which of two alternative processes will be applicable to the resolution of disputes between those in the bargaining unit and the employer.

Subsection (1) of s. 36 of the Act provides as

36. (1) Subject to subsection 37(2), every bargaining agent for a bargaining unit shall, in such manner as may be prescribed, specify which of either of the processes described in the definition "process for resolution of a dispute" in section 2 shall be the process for resolution of any dispute to which it may be a party in respect of that bargaining unit.

The alternative processes "for resolution of a dispute" are defined in s. 2 of the Act to mean:

- (a) the referral of the dispute to arbitration, or
- (b) the referral thereof to a conciliation board.

Subsection 37(2) is not relevant to the issue in this appeal. It is concerned with the time when the specified process becomes applicable and the period during which it remains applicable. Section 38 provides for an alteration of the process by the bargaining agent.

Subsection 36(2) is relevant to the issue in this appeal. It provides as follows:

36. ...

(2) For the purpose of facilitating the specification by a bargaining agent of the process for resolution of any dispute to which it may be a party in respect of a bargaining unit, the Board shall, upon request in writing to it by the bargaining agent, by notice require the employer to furnish to the Board and the bargaining agent a statement in writing of the employees or classes

Pour trancher cette question, il convient d'étudier la formulation de l'art. 79 dans le contexte des autres dispositions pertinentes de la Loi relatives au règlement des différends entre employeur et employés dans la Fonction publique du Canada.

La Loi s'intitule *Loi concernant les relations entre employeur et employés dans la Fonction publique du Canada*. La Partie II de la Loi, intitulée *Négociations collectives et conventions collectives*, contient les dispositions en matière d'accréditation d'agents négociateurs chargés de représenter les groupes d'employés compris dans les unités de négociation. L'agent négociateur accrédité a notamment pour fonction de choisir laquelle de deux méthodes s'appliquera au règlement des différends entre les membres de l'unité de négociation et l'employeur.

Le paragraphe 36(1) de la Loi est ainsi rédigé:

36. (1) Sous réserve du paragraphe 37(2), tout agent négociateur pour une unité de négociation doit, de la manière qui peut être prescrite, spécifier laquelle des deux méthodes de règlement décrites à la définition de «méthode de règlement de différend» dans l'article 2 il faut suivre pour régler tout différend auquel il peut être partie relativement à cette unité de négociation.

Suivant la définition qui figure à l'art. 2 de la Loi, ces deux méthodes «de règlement des différends» sont:

- a) le renvoi du différend à l'arbitrage, ou
- b) son renvoi à un bureau de conciliation.

Le paragraphe 37(2) n'est pas pertinent en l'espèce. Il porte sur l'époque où la méthode spécifiée devient applicable et sur la durée de son application. L'article 38 prévoit le changement de méthode par l'agent négociateur.

Par contre le par. 36(2), lui, est pertinent en l'espèce. En voici le texte:

36. ...

(2) Pour faciliter à un agent négociateur le choix de la méthode à suivre pour régler tout différend auquel il peut être partie relativement à une unité de négociation, la Commission, sur demande écrite que lui présente l'agent négociateur, doit sommer par avis l'employeur de communiquer à la Commission et à l'agent négociateur une liste écrite des employés ou catégories d'employés de

necessary in the interest of the safety or security of the public". (The emphasis is that of counsel.) He contended that these words meant that the Board should make a determination of what duties would be necessary in the event that a strike occurred.

I cannot accept this submission. The Board is called upon to make a determination before a conciliation board has been established. Strike action can only occur if the conciliation procedure has been followed and has failed. To construe the words in the manner suggested is to strain their meaning unduly. The wording of the section does not call upon the Board to determine what employees should be designated employees if conciliation fails and a strike occurs. The purpose of the section is to determine, in advance of conciliation, what employees in the bargaining unit are precluded from going on strike.

Counsel for the appellant also contended that the interpretation of s. 79 made by the Federal Court of Appeal would reduce the effectiveness of legitimate strike action. The result of the Court's decision is certainly to impair the impact of a strike by employees in the bargaining unit involved here but that does not mean that the decision is wrong. The members of the bargaining unit involved in this case are nearly all persons the nature of whose duties brings them within the definition of designated employees and Parliament has decided that designated employees are not permitted to strike. It was open to the appellant prior to making its election in favour of the conciliation procedure, under s. 36, to have invoked subs. 36(2) to ascertain which employees in the bargaining unit would be considered by the employer to be designated employees. If that designation involved most of the members of the bargaining unit, the bargaining agent could then have elected for the arbitration procedure.

For these reasons I would dismiss this appeal with costs. There should be no costs payable by or to either of the interveners.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Nelligan & Power, Ottawa.*

de la sécurité du public». (Mots soulignés par l'avocat.) Selon lui, ces mots signifient que la Commission doit déterminer les fonctions dont l'exercice sera nécessaire en cas de grève.

Je ne puis retenir cet argument. La Commission est appelée à faire une détermination avant même qu'un bureau de conciliation soit établi. Il ne peut y avoir recours à la grève que si la procédure de conciliation n'aboutit à rien. L'interprétation proposée déforme le sens des mots. La formulation de l'article n'exige pas que la Commission détermine quels employés doivent être désignés si la conciliation échoue et s'il y a une grève. L'article vise à déterminer, avant la conciliation, quels sont les employés de l'unité de négociation qui ne pourront faire la grève.

L'avocat de l'appelante fait valoir en outre que l'interprétation donnée à l'art. 79 par la Cour d'appel fédérale réduirait l'efficacité du recours légitime à la grève. Certes, l'arrêt de cette cour-là a pour résultat d'affaiblir l'effet d'une grève déclenchée par les employés compris dans l'unité de négociation en cause, mais cela ne veut pas dire qu'il s'agit d'un arrêt mal fondé. La quasi-totalité des membres de l'unité de négociation dont il est question en l'espèce sont des personnes auxquelles, en raison de la nature de leurs fonctions, s'applique la définition d'employés désignés, et le législateur a décidé que ces derniers ne peuvent faire la grève. Avant d'opter pour la procédure de conciliation prévue à l'art. 36, l'appelante aurait pu invoquer le par. 36(2) afin de déterminer quels employés compris dans l'unité de négociation l'employeur considérerait comme employés désignés. Si la plupart des membres de l'unité de négociation étaient ainsi désignés, l'agent négociateur aurait alors pu choisir la procédure d'arbitrage.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi avec dépens. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Nelligan & Power, Ottawa.*

In substance, then, Parliament, by enacting s. 79, was saying that while a bargaining agent might opt for the conciliation procedure and, thus, for possible strike action, those employees in the bargaining unit who performed duties necessary in the interest of public security or safety would not be permitted to participate in a strike.

As I see it, the task of the Board when called upon to make a determination under subs. 79(3) is to consider those employees and classes of employees in the bargaining unit who have been designated by the employer, and to decide whether the performance of their stipulated duties as employees is necessary for public safety or security.

The whole procedure provided for in s. 79 occurs prior to the establishment of a conciliation board. I can find nothing in the section to indicate that the function of the Board is to determine, if conciliation should fail, what services normally provided by employees in the bargaining unit are, in the event of strike action, necessary to be continued in the interest of public security or safety, and the section contains no reference to any power in the Board to designate the duties of employees necessary in the interest of the safety or security of the public during a strike.

I agree with Urie J. when he says:

... the subsection merely empowers the Board to designate the employees whose duties are related to the safety or security of the public. It does not authorize the Board to determine the level of service to be provided.

Counsel for the appellant took issue with the judgment of the Federal Court of Appeal in finding that the task of the Board under subs. 79(3) was to determine, at the time the determination was to be made, which employees were performing duties necessary for the safety and security of the public. He stressed the words which appear in subs. 79(1) in the definition of designated employees "whose duties consist ... of duties the performance of which at any particular time or after any specified period of time is or will be

Donc, en adoptant l'art. 79, le législateur a déclaré en substance que, quoiqu'un agent négociateur puisse opter pour la procédure de conciliation et, ainsi, pour la possibilité d'un recours à la grève, les employés compris dans l'unité de négociation qui remplissent des fonctions nécessaires dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public ne pourront pas participer à cette grève.

A mon avis, quand la Commission est appelée à faire une détermination conformément au par. 79(3), sa tâche est de considérer les employés et les classes d'employés de l'unité de négociation que l'employeur a désignés, puis de décider si l'exercice des fonctions qui leur incombent à titre d'employés est nécessaire pour la sûreté ou la sécurité du public.

Toute la procédure prévue à l'art. 79 se déroule avant l'établissement d'un bureau de conciliation. Je ne puis rien trouver dans l'article qui indique que, si la conciliation échoue, la Commission a pour fonction de déterminer les services ordinairement assurés par les employés faisant partie de l'unité de négociation, qui, en cas de grève, doivent être maintenus dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public. De plus, l'article ne mentionne aucun pouvoir qui serait conféré à la Commission pour désigner les fonctions que les employés devraient exécuter dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public au cours d'une grève.

Je partage l'avis du juge Urie qui dit:

... le seul pouvoir dont dispose la Commission en vertu de ce paragraphe est celui de désigner les employés dont les fonctions touchent à la sûreté ou à la sécurité du public. Cette disposition ne l'autorise aucunement à déterminer l'étendue des services qui doivent être maintenus.

L'avocat de l'appellante conteste la conclusion de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale portant que, suivant le par. 79(3), il incombe à la Commission de déterminer les employés qui, à l'époque de cette détermination, remplissent des fonctions nécessaires pour la sûreté et la sécurité du public. Il souligne les mots qui figurent au par. 79(1) et qui définissent comme employés désignés ceux «dont les fonctions sont ... des fonctions dont l'exercice à un moment particulier ou après un délai spécifié est ou sera nécessaire dans l'intérêt de la sûreté ou

I am in agreement with the decision of the Federal Court of Appeal and the reasons for that decision. It is apparent from the foregoing consideration of the Board's original decision and the opinions of the Federal Court of Appeal with respect to it that the Board construed s. 79 as giving to it the authority to determine what level of air services should be provided in Canada in the interest of the safety or security of the public. It was that level of service which the Board should ensure would be provided in the event of a strike by the air controllers and it was the task of the Board under s. 79 to designate such employees in the bargaining unit as would be necessary for the performance of the duties necessary to provide that level of service.

With respect, I do not agree with that construction of the section, nor do I regard s. 79 as having been enacted for that purpose. It has already been noted that the Act did not impose a compulsory arbitration method as the means for settling disputes between the government and civil servants. It recognized and provided for collective bargaining. It gave to bargaining agents representing bargaining units in the civil service the option of having disputes between employer and employee settled by binding arbitration or by a conciliation procedure.

The conciliation method did not preclude the strike weapon from being used if the conciliation procedure was unsuccessful. However, the right to strike, where conciliation had failed, was subject to the limitation imposed by ss. 79 and 101. Before a conciliation board is appointed, the employer must furnish a list of those employees or classes of employees whom the employer considers should be designated employees, *i.e.* those employees or classes of employees within the bargaining unit whose duties, in whole or part, consist of duties the performance of which at any particular time or after any specified period of time is or will be necessary in the interest of the safety or security of the public. If the bargaining agent objects to the statement, the Board must determine which employees in the bargaining unit are to be designated employees. Designated employees cannot participate in a strike.

J'approuve l'arrêt de la Cour d'appel fédérale ainsi que les motifs de la décision. Il se dégage nettement de l'étude que je viens de faire de la décision initiale de la Commission et des avis exprimés par la Cour d'appel fédérale à cet égard que la Commission a estimé que l'art. 79 lui conférait le pouvoir de déterminer quel niveau de services aériens devait être fourni au Canada dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public. C'est le maintien de ce niveau de service que la Commission devait assurer en cas de grève des contrôleurs de la circulation aérienne et, aux termes de l'art. 79, il lui incombait de désigner les employés appartenant à l'unité de négociation qui devraient exercer les fonctions nécessaires pour assurer ce niveau de service.

Avec égards, je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de l'art. 79, pas plus que je n'estime que ce soit là son objet. J'ai déjà fait remarquer que la Loi n'impose pas l'arbitrage obligatoire comme mode de règlement des différends entre le gouvernement et les fonctionnaires. Elle reconnaît et prévoit la négociation collective, donnant aux agents négociateurs qui représentent les unités de négociation dans la Fonction publique le choix de recourir à l'arbitrage exécutoire ou à la conciliation, pour le règlement des différends entre employeur et employés.

La méthode de la conciliation n'empêche pas le recours à la grève si la conciliation échoue. Toutefois, lorsque la conciliation se solde par un échec, le droit de grève est soumis à la restriction qu'imposent les art. 79 et 101. Avant qu'un bureau de conciliation ne soit constitué, l'employeur doit fournir un relevé des employés ou classes d'employés qu'il estime devoir être désignés, *c.-à.-d.* les employés ou les classes d'employés de l'unité de négociation dont les fonctions sont, en tout ou en partie, des fonctions dont l'exercice à un moment particulier ou après un délai spécifié est ou sera nécessaire dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public. Si l'agent négociateur s'oppose au relevé, la Commission doit déterminer quels employés de l'unité de négociation seront désignés. Les employés désignés ne peuvent participer à une grève.

first, "to determine which services . . ." provided by the air traffic controllers must be maintained and, second, to determine the number and classes of air traffic controllers to be designated to provide such services. But that is not what section 79 directs. As I read the section, it does not impose on the Board the duty of determining which services rendered by the controllers must be maintained in the event of a strike. Moreover, it does not require or authorize the Board to determine the number or classes of employees to be designated to perform those duties or to prescribe limitations on the scope of the duties of various employees or classes of employees for such purpose.

The sole duty of the Board pursuant to subsection 79(1) is to determine, before a conciliation board has been established, what *employees or classes of employees* in the bargaining unit are, at the date the matter is being determined *performing duties* which are necessary for the safety and security of the public. Neither the wording of the subsection taken by itself or in the context of the Act as a whole contemplate that such a determination is to be made on the basis of the safety and security necessities of the public only in a strike situation.

In his concurring reasons, Kerr D.J. referred to the minority decision of the Board:

What the majority members of the Board did (and the view of the dissenting minority) is stated in the following concluding sentences of the minority decision as follows:

The Board's decision is to restrict the provision of safety or security to a very limited portion of the public and we are unable to concur in this. We would have designated all of those air traffic controllers who normally fulfill the operational function of ensuring the safe and expeditious movement of aircraft through controlled air space and on the manoeuvring areas of airports.

In accordance with the direction of the Federal Court of Appeal, on November 19, 1981, the Board determined that all operational air traffic controllers in the Air Traffic Control Group Bargaining Unit should be designated employees within the meaning of s. 79.

rôle comme étant d'abord, «de déterminer quels services . . .» fournis par les contrôleurs aériens devaient être maintenus et, ensuite, de déterminer le nombre et les classes de contrôleurs aériens qui devaient être désignés pour assurer ces services. Ce n'est toutefois pas ce que prévoit l'article 79. A mon avis, cet article n'impose pas à la Commission le devoir de déterminer lesquels des services assurés par les contrôleurs doivent être maintenus dans l'éventualité d'une grève. En outre, cette disposition ne demande ni ne permet à la Commission de déterminer le nombre ou les classes d'employés qui doivent être désignés pour remplir ces fonctions ou de fixer à cette fin, des limites à l'étendue des fonctions des divers employés ou classes d'employés.

Le seul devoir imposé à la Commission par le paragraphe 79(1) consiste à déterminer, avant qu'un bureau de conciliation ne soit formé, quels sont *les employés ou les classes d'employés* de l'unité de négociation qui occupent au moment où la Commission prend sa décision *des fonctions dont l'exercice* est nécessaire à la sûreté et à la sécurité du public. Rien dans le libellé de l'article 79 pris isolément ou dans le contexte plus général de la loi dans son ensemble n'indique que la Commission doive prendre sa décision à la lumière des mesures qui s'imposent pour assurer la sûreté et la sécurité du public en cas de grève seulement.

Dans ses motifs au même effet, le juge suppléant Kerr se réfère aux conclusions de la minorité de la Commission:

Ce qu'ont fait les membres majoritaires de la Commission (ainsi que le point de vue de la minorité) est énoncé dans les dernières phrases de la décision minoritaire:

La Commission a décidé de ne l'assurer [le niveau maximum de sécurité] qu'à une très faible partie du public et nous ne pouvons être d'accord avec sa décision. Nous aurions désigné tous les contrôleurs de la circulation aérienne préposés à l'exploitation qui ont pour fonction régulière de veiller à ce que les aéronefs se déplacent rapidement et en toute sécurité dans l'espace aérien contrôlé et sur les aires de manoeuvre des aéroports.

Conformément à l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale, la Commission a déterminé, le 19 novembre 1981, que tous les contrôleurs de la circulation aérienne préposés à l'exploitation compris dans l'unité de négociation du groupe du contrôle de la circulation aérienne doivent être des employés désignés au sens de l'art. 79.

The Board assumed the authority to determine what level of air services was necessary to be provided in order to ensure the safety or security of the public. Thus, for example, in relation to employees in airport control towers, it directed that such employees should provide air traffic control services, based on known traffic, to aircraft in the following categories:

- (a) aircraft in declared or apparent emergency;
- (b) aircraft engaged in air evacuation operations;
- (c) mercy flights, transportation of medical personnel and essential medical equipment and supplies including flights transporting essential supplies to isolated locations;
- (d) military aircraft on operational missions;
- (e) search and rescue aircraft (including normal patrol activities);
- (f) aircraft engaged in forest firefighting duties.

The respondent applied under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, (2nd Supp.), c. 10, to set aside the Board's order, and the application was granted in a unanimous decision.

Pratte J., dealing with s. 79, expressed the following opinion:

It is also clear, in my view, that section 79 merely empowers the Board to designate employees or classes of employees on the basis of their duties as they exist at the time the designation is made. The nature of those duties at that time is, therefore, the only factor which the Board may take into account in carrying out its functions under section 79.

Urie J., in concurring reasons, said:

These clarifications of the Board's views serve a useful purpose in that they demonstrate the error made by the Board more clearly, perhaps, than the quotations earlier set out herein from the Board's decision of January 27, 1981. They show that the Board perceived its duty to be,

La Commission s'est attribué le pouvoir de déterminer le niveau de services aériens qui doit être fourni pour que soit assurée la sûreté ou la sécurité du public. Donc, en ce qui concerne les employés des tours de contrôle des aéroports, par exemple, elle a ordonné que ceux-ci fournissent, en fonction du trafic connu, des services de contrôle de la circulation aérienne aux aéronefs des catégories suivantes:

- a) aéronefs manifestement ou apparemment en détresse;
- b) aéronefs qui participent à des opérations d'évacuation par air;
- c) aéronefs qui effectuent des vols de secours et transportent le personnel médical, les fournitures et l'outillage sanitaires indispensables, y compris les provisions essentielles aux endroits isolés;
- d) avions militaires en mission;
- e) aéronefs qui servent aux recherches et aux sauvetages (y compris ceux qui font les patrouilles régulières);
- f) aéronefs utilisés pour combattre les incendies de forêts.

L'intimé a présenté une demande, fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, pour faire infirmer la décision de la Commission et, dans un arrêt unanime, la demande a été accueillie.

Le juge Pratte exprime l'avis suivant relativement à l'art. 79:

De plus, il est clair à mon avis que l'article 79 n'autorise la Commission à désigner des employés ou des catégories d'employés qu'en fonction des tâches qu'ils accomplissent au moment de la désignation. La nature de ces tâches à ce moment précis est, par conséquent, le seul facteur dont peut tenir compte la Commission dans l'exercice des fonctions qui lui sont attribuées par l'article 79.

Le juge Urie, dans des motifs au même effet, déclare:

Ces précisions concernant les vues de la Commission nous révèlent, de manière encore plus évidente peut-être que ne le font les extraits précités de la décision du 27 janvier 1981, l'erreur commise par cet organisme. Elles montrent en effet que la Commission percevait son

evacuation, military operations and northern supply as well as to perform certain other duties. The appellant's position was based on the fact that, until 1981, the Board had never been called upon to make a designation under subs. 79(3). The appellant and the respondent had previously agreed upon the designation of a relatively small number of air controllers, representing about 10 to 15 per cent of the number of employees in the bargaining unit. These arrangements had been possible because both parties had assumed that, in the event of a strike by the air controllers, all commercial air traffic would stop. This situation was changed following the governmental decision to maintain the operation of the commercial air system.

The Board adopted the appellant's submission. It considered that its duty under s. 79 was to determine the number of employees of each class in the bargaining unit which would be needed in order to provide the services necessary to ensure the safety of the air services that, in the event of a strike, must be maintained in the interest of the safety or security of the public. On that basis, it proceeded to enumerate the various duties that, in the event of a strike, would be required to be performed by different classes of employees in the unit in the interest of the safety or security of the public and it determined the number of employees of each class, in each work location, that would have to perform those duties in the event of a strike. As a result, it designated 272 employees and 151 alternates to perform the duties outlined in its decision.

The position of the Board is stated in the following passage from the majority decision:

The Board went on to say that implicit in making its determinations as to the number or classes of air traffic controllers needed for "designation" in the instant case, is the requirement that it make a decision as to the level of services by air traffic controllers that are necessary to be maintained at federal government regulated airports in order to ensure the safety or security of the public in the event of a lawful strike by members of the unit.

de secours et d'évacuation par air, à des opérations militaires et au ravitaillement des localités situées dans le Nord, et qui rempliraient certaines autres fonctions. L'argument de l'appelante est fondé sur le fait qu'avant 1981, la Commission n'avait jamais été appelée à désigner des employés en vertu du par. 79(3). L'appelante et l'intimé s'étaient jusqu'alors entendus sur la désignation d'un nombre relativement petit de contrôleurs de la circulation aérienne, soit environ 10 ou 15 p. 100 des employés compris dans l'unité de négociation. Si ces ententes avaient pu intervenir, c'est parce que l'une et l'autre partie avaient tenu pour acquis qu'en cas de grève des contrôleurs, toute la circulation aérienne commerciale s'arrêterait. Cette situation a changé par suite de la décision gouvernementale de maintenir les services aériens commerciaux.

La Commission a retenu l'argument de l'appelante, estimant qu'il lui incombait, aux termes de l'art. 79, de déterminer le nombre d'employés de chaque classe compris dans l'unité de négociation qui serait requis pour fournir les services nécessaires en vue d'assurer la sûreté des services aériens qui, en cas de grève, doivent être maintenus dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public. La Commission a énuméré en conséquence les diverses fonctions que, dans l'hypothèse d'une grève, les différentes classes d'employés comprises dans l'unité devraient remplir dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public, et elle a déterminé le nombre d'employés de chaque classe, dans tous les lieux de travail, qui auraient à exercer ces fonctions dans ce cas. Elle a donc désigné 272 employés et 151 suppléants chargés d'exercer les fonctions décrites dans sa décision.

Le point de vue de la Commission se dégage du passage suivant tiré de la décision de la majorité:

La Commission a poursuivi en disant que le fait de rendre une décision quant au nombre ou aux classes de contrôleurs de la circulation aérienne à «désigner» dans le cas présent, impliquait l'obligation de se prononcer sur le niveau de services que doivent continuer de fournir les contrôleurs de la circulation aérienne aux aéroports régis par le gouvernement pour que soit assurée la sécurité du public si les membres de l'unité font une grève légale.

Air Traffic Control Group. All operational controllers were proposed for designation following a decision by the Minister of Transport, endorsed by the Government, that the commercial air system must be maintained in the event of a strike. The appellant filed its objection to the respondent's statement pursuant to subs. 79(3) of the Act on November 26, 1980. On January 6, 1981, the Board held a hearing to determine what effect, if any, the decision of the Minister of Transport that commercial air services must be maintained had on the jurisdiction of the Board under s. 79 of the Act. By its decision dated January 27, 1981, the Board found that there were no provisions in any statute which fettered its authority under s. 79 of the Act. The Board therefore found that in making determinations in respect of designated employees it was not "bound to take into account ministerial or governmental pronouncements as to the level of service to be maintained". The Board directed that there be a continuation of the hearing so that it could make a determination as to "the number and classes of air traffic controllers whose duties [would be] necessary in the interest of the safety or security of the public during a strike by the Air Traffic Control Group". (Emphasis added.)

By letter dated February 12, 1981, the respondent reduced the number of employees it considered to be designated to 1,462, but added 231 alternates. The respondent's submission at the hearing was that, given the decision taken by the Minister of Transport and endorsed by the Government to maintain normal air services, most, if not all, operational air traffic controllers were performing duties necessary in the interest of the safety and security of the public. It was conceded by the appellant that, if normal air services were to be maintained, the number of designated employees proposed by the respondent was reasonable.

The appellant's submission was that the Board should designate 227 employees and 151 alternates to handle flights involved in mercy missions, air

faisant partie du groupe du contrôle de la circulation aérienne. On proposait de désigner tous les contrôleurs préposés à l'exploitation par suite d'une décision du ministre des Transports selon laquelle il fallait maintenir les services aériens commerciaux en cas de grève, décision approuvée par le gouvernement. Le 26 novembre 1980, l'appelante a fait opposition au relevé de l'intimé conformément au par. 79(3) de la Loi. Le 6 janvier 1981, la Commission a tenu une audience afin de déterminer quelle était l'incidence possible de la décision du ministre des Transports concernant la nécessité de maintenir les services aériens commerciaux sur la compétence dont elle est investie par l'art. 79 de la Loi. Dans sa décision datée du 27 janvier 1981, la Commission a conclu qu'aucune disposition législative n'entrave le pouvoir que lui confère l'art. 79 de la Loi. La Commission a donc conclu qu'en prenant des décisions relativement aux employés désignés, elle n'a pas «à tenir compte d'une ordonnance ministérielle ou gouvernementale quant aux services qui doivent être maintenus». La Commission a ordonné la continuation de l'audience afin qu'elle puisse déterminer «le nombre et les classes de contrôleurs de la circulation aérienne qui devraient continuer d'exercer leurs fonctions, si le groupe du contrôle de la circulation aérienne ... décidait de déclarer une grève, afin que soient assurées la sûreté ou la sécurité du public». (C'est moi qui souligne.)

Dans une lettre datée du 12 février 1981, l'intimé a réduit à 1,462 le nombre d'employés qu'il considérait comme désignés, mais a ajouté 231 suppléants. L'intimé a fait valoir à l'audience que, vu la décision du ministre des Transports de maintenir les services aériens normaux, décision approuvée par le gouvernement, la plupart des contrôleurs de la circulation aérienne préposés à l'exploitation, sinon tous, remplissent des fonctions nécessaires dans l'intérêt de la sûreté et de la sécurité du public. L'appelante reconnaît que, si les services aériens normaux devaient être maintenus, le nombre d'employés désignés proposé par l'intimé était raisonnable.

L'appelante a allégué que la Commission devrait désigner 227 employés et 151 suppléants qui s'occuperaient des aéronefs participant à des missions



employees, but where an objection to such statement is filed with the Board by the bargaining agent within the time so prescribed, the Board, after considering the objection and affording each of the parties an opportunity to make representations, shall determine which of the employees or classes of employees in the bargaining unit are designated employees.

(4) A determination made by the Board pursuant to subsection (3) is final and conclusive for all purposes of this Act, and shall be communicated in writing by the Chairman to the parties as soon as possible after the making thereof.

(5) Within such time and in such manner as the Board may prescribe, all employees in a bargaining unit who are agreed by the parties or determined by the Board pursuant to this section to be designated employees shall be so informed by the Board.

The purpose of s. 79 would appear to be that, in respect of a bargaining unit whose bargaining agent has elected for the conciliation process for determining disputes, before a conciliation board is established, both the employer and the bargaining agent should be aware of the number of employees who are "designated employees" because their duties consist in whole or in part of duties which at any particular time or after any specified period of time are or will be necessary in the interest of the safety or security of the public. As previously noted, designated employees cannot participate in a strike, and so the s. 79 procedure establishes which employees in the bargaining unit will be precluded from participating in a strike if the conciliation process should prove to be unsuccessful.

The circumstances which gave rise to the present case are as follows. The bargaining unit which is involved is the Air Traffic Control Group. The respondent Treasury Board is the employer of the employees in that bargaining unit. The appellant, the Canadian Air Traffic Control Association, is the bargaining agent for that bargaining unit. On November 20, 1980, the respondent furnished to the Board its statement in writing, pursuant to subs. 79(2) of the Act, of the employees in the bargaining unit who were considered by the employer to be designated employees. The statement listed all 1,782 operational controllers in the

employés désignés. Toutefois, lorsqu'une opposition à ce relevé est faite à la Commission par l'agent négociateur dans le délai ainsi prescrit, la Commission, après avoir examiné l'opposition et avoir donné à chaque partie l'occasion de communiquer ses observations, doit décider quels employés ou quelles classes d'employés de l'unité de négociation sont des employés désignés.

(4) Une décision prise par la Commission en conformité du paragraphe (3) est définitive et péremptoire à toutes fins de la présente loi. Le Président doit la communiquer par écrit aux parties aussitôt que possible.

(5) Dans le délai et de la manière que peut prescrire la Commission, tous les employés d'une unité de négociation qui sont, par convention des parties ou par décision de la Commission en conformité du présent article, des employés désignés doivent en être informés par la Commission.

En ce qui concerne une unité de négociation dont l'agent négociateur a choisi la conciliation pour régler les différends, l'art. 79 a visiblement pour objet d'assurer qu'avant l'établissement d'un bureau de conciliation, tant l'employeur que l'agent négociateur sont au courant du nombre d'employés qui sont des «employés désignés» parce que leurs fonctions sont, en tout ou en partie, des fonctions dont l'exercice, à un moment particulier ou après un délai spécifié, est ou sera nécessaire dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public. Comme je l'ai déjà fait remarquer, les employés désignés ne peuvent participer à une grève; la procédure visée par l'art. 79 permet donc d'établir quels employés appartenant à l'unité de négociation ne pourront participer à une grève si la conciliation s'avère infructueuse.

Voici les circonstances à l'origine de la présente espèce. L'unité de négociation impliquée est celle du groupe du contrôle de la circulation aérienne. Le Conseil du Trésor intimé est l'employeur des employés compris dans cette unité de négociation. L'appelante, l'Association canadienne du contrôle du trafic aérien, est l'agent négociateur de l'unité de négociation. Le 20 novembre 1980, l'intimé a fourni à la Commission, conformément au par. 79(2) de la Loi, un relevé des employés compris dans l'unité de négociation qu'il considérait comme des employés désignés. Dans ce relevé figuraient tous les 1,782 contrôleurs préposés à l'exploitation

78. (1) Where, in respect of a dispute,

(a) any conciliator that may have been appointed under section 52 has made a final report to the Chairman that he has been unable to assist the parties in reaching agreement, and

(b) either party has requested the establishment of a conciliation board,

the Chairman shall establish a board for the investigation and conciliation of the dispute unless it appears to him, after consultation with each of the parties, that the establishment of such a board is unlikely to serve the purpose of assisting the parties in reaching agreement, in which case the Chairman shall forthwith notify the parties in writing of his intention not to establish such a board.

(2) In any case not provided for under subsection (1), the Chairman may establish a board for the investigation and conciliation of a dispute where it appears to him that the establishment of such a board may serve the purpose of assisting the parties in reaching agreement, and that without the establishment of such a board the parties are unlikely to reach agreement, but before establishing such a board the Chairman shall notify the parties of his intention to do so.

79. (1) Notwithstanding section 78, no conciliation board shall be established for the investigation and conciliation of a dispute in respect of a bargaining unit until the parties have agreed on or the Board has determined pursuant to this section the employees or classes of employees in the bargaining unit (hereinafter in this Act referred to as "designated employees") whose duties consist in whole or in part of duties the performance of which at any particular time or after any specified period of time is or will be necessary in the interest of the safety or security of the public.

(2) Within twenty days after notice to bargain collectively is given by either of the parties to collective bargaining, the employer shall furnish to the Board and the bargaining agent for the relevant bargaining unit a statement in writing of the employees or classes of employees in the bargaining unit who are considered by the employer to be designated employees.

(3) If no objection to the statement referred to in subsection (2) is filed with the Board by the bargaining agent within such time after the receipt thereof by the bargaining agent as the Board may prescribe, such statement shall be taken to be a statement of the employees or classes of employees in the bargaining unit who are agreed by the parties to be designated

78. (1) Lorsque, relativement à un différend,

a) un conciliateur qui peut avoir été nommé en vertu de l'article 52 a fait au président un rapport définitif indiquant qu'il a été incapable d'aider les parties à se mettre d'accord, et que

b) l'une des parties a demandé l'établissement d'un bureau de conciliation,

le Président doit établir un bureau chargé de l'enquête et de la conciliation du différend à moins qu'il ne lui apparaisse, après consultation avec chacune des parties, que l'établissement d'un tel bureau ne peut vraisemblablement pas aider les parties à se mettre d'accord, auquel cas le Président doit aussitôt adresser aux parties un avis écrit de son intention de ne pas établir un tel bureau.

(2) Dans tout cas non prévu au paragraphe (1), le Président peut établir un bureau chargé de l'enquête et de la conciliation d'un différend lorsqu'il lui semble que l'établissement d'un tel bureau peut aider les parties à se mettre d'accord et que, sans l'établissement d'un tel bureau, elles ne se mettront vraisemblablement pas d'accord. Toutefois, avant d'établir un tel bureau, le Président doit notifier aux parties son intention d'y procéder.

79. (1) Nonobstant l'article 78, il ne doit pas être établi de bureau de conciliation pour l'enquête et la conciliation d'un différend relatif à une unité de négociation tant que les parties ne se sont pas mises d'accord ou que la Commission n'a pris, aux termes du présent article, aucune décision sur la question de savoir quels sont les employés ou les classes d'employés de l'unité de négociation (ci-après dans la présente loi appelés «employés désignés») dont les fonctions sont, en tout ou en partie, des fonctions dont l'exercice à un moment particulier ou après un délai spécifié est ou sera nécessaire dans l'intérêt de la sûreté ou de la sécurité du public.

(2) Dans les vingt jours qui suivent celui où l'avis de négociations collectives est donné par l'une ou l'autre des parties aux négociations collectives, l'employeur doit fournir à la Commission et à l'agent négociateur de l'unité de négociation en cause un relevé des employés ou classes d'employés de l'unité de négociation que l'employeur considère comme des employés désignés.

(3) Si aucune opposition au relevé mentionné au paragraphe (2) n'est faite à la Commission par l'agent négociateur dans tel délai consécutif à la réception de ce relevé par l'agent négociateur que peut fixer la Commission, ce relevé doit être considéré comme un relevé des employés ou des classes d'employés de l'unité de négociation qui, par convention des parties, sont des

of employees in the bargaining unit whom the employer then considers to be designated employees within the meaning of section 79, and the employer shall, within fourteen days after the receipt of such notice, furnish such statement to the Board and the bargaining agent.

This subsection enables a bargaining agent, which is considering which process to select, to have recourse to the Board to have it require the employer to furnish a statement of those employees whom the employer considers to be designated employees within the meaning of s. 79. The importance of this is that by virtue of subs. 101(1) a designated employee cannot participate in a strike. That subsection provides:

- 101. (1) No employee shall participate in a strike**
- (a) who is not included in a bargaining unit for which a bargaining agent has been certified by the Board,
- (b) who is included in a bargaining unit for which the process for resolution of a dispute is by the referral thereof to arbitration, or
- (c) who is a designated employee.

It will also be noted that employees in bargaining units for which arbitration has been selected as the process for resolving disputes are not entitled to strike.

Part III of the Act deals with the resolution of disputes. Sections 60, 61 and 62 deal with the creation of the Public Service Arbitration Tribunal. Sections 63 to 76 deal with the arbitration procedures. Subsection 72(1) makes an arbitral award binding on the employer, the bargaining agent and the employees in the bargaining unit.

Sections 77 to 89 deal with the resolution of disputes by referral to a conciliation board. Unlike the arbitration process, the findings of a conciliation board are not binding upon the parties and, thus, the strike remedy is left open if conciliation fails.

The section with which we are concerned in this appeal, s. 79, is one of the group of sections dealing with the conciliation process. Sections 78 and 79 of the Act provide as follows:

l'unité de négociation que l'employeur considère alors comme employés désignés, au sens de l'article 79. L'employeur doit, dans les quatorze jours qui suivent la réception de cet avis, communiquer cette liste à la Commission et à l'agent négociateur.

Ce paragraphe habilite un agent négociateur qui est en train de décider quelle méthode choisir, à s'adresser à la Commission pour qu'elle somme l'employeur de fournir une liste des employés qu'il considère comme employés désignés au sens de l'art. 79. Cette démarche est importante parce qu'aux termes du par. 101(1), un employé désigné ne peut participer à une grève. Le paragraphe 101(1) dispose:

- 101. (1) Ne doit participer à une grève aucun employé**
- a) qui ne fait pas partie d'une unité de négociation pour laquelle un agent négociateur a été accrédité par la Commission,
- b) qui appartient à une unité de négociation à l'égard de laquelle la méthode de règlement d'un différend est le renvoi du différend à l'arbitrage, ou
- c) qui est un employé désigné.

On peut également constater que les employés appartenant à des unités de négociation pour lesquelles on a choisi l'arbitrage comme méthode de règlement des différends n'ont pas le droit de recourir à la grève.

La Partie III de la Loi traite du règlement des différends. Les articles 60, 61 et 62 portent sur la création du Tribunal d'arbitrage de la Fonction publique. Aux articles 63 à 76, il est question des procédures d'arbitrage. Suivant le par. 72(1), une décision arbitrale lie l'employeur, l'agent négociateur et les employés compris dans l'unité de négociation.

Les articles 77 à 89 traitent du règlement des différends par renvoi à un bureau de conciliation. A la différence de ce qui se passe dans le cas de l'arbitrage, les conclusions d'un bureau de conciliation ne lient pas les parties; par conséquent, si la conciliation échoue, le recours à la grève est possible.

L'article 79, qui nous intéresse en l'espèce, fait partie d'un groupe d'articles visant la procédure de conciliation. Les articles 78 et 79 de la Loi disposent:

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady and Morin, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Professional Institute of the Public Service of Canada: Muriel I. Korngold-Wexler, Ottawa.*

*Solicitor for the Public Service Staff Relations Board: John E. McCormick.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady and Morin, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant l'Institut professionnel de la Fonction publique du Canada: Muriel I. Korngold-Wexler, Ottawa.*

*Procureur de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique: John E. McCormick.*

**Teamsters Union Local 938 of the International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America, Fred Johnston and Humes Transport Limited, Toronto, Ontario**  
*Appellants;*

and

**Gerald M. Massicotte and the Canada Labour Relations Board** *Respondents.*

File No.: 16413.

1982: March 29; 1982: May 31.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Administration law — Judicial review — Canada Labour Relations Board — Privative clause — Union refusing to proceed with part-time employee dismissal grievance — Board holding union's refusal to be a breach of duty of fair representation — Board ordering grievance to proceed to arbitration — Whether Board decision reviewable — Whether Board acted beyond its jurisdiction — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 as amended, ss. 118(p)(vii), 121, 122, 136.1, 155, 187, 189 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a).*

Appellant Union refused to proceed with a part-time employee's dismissal grievance against the employer on the ground that part-time employees had no grievance rights under the collective agreement. The Canada Labour Relations Board allowed the employee's complaint and held that (1) he was within the bargaining unit under the collective agreement; (2) he was entitled to invoke the arbitration procedure at the Union's expense; and (3) the Union had failed in its statutory duty of fair representation under s. 136.1 of the *Canada Labour Code*. The Board's decision was reviewable only for breaches of natural justice—a ground not in issue here—or for questions of jurisdiction. The Federal Court of Appeal dismissed the Union's application for judicial review finding no excess of jurisdiction.

*Held:* The appeal should be quashed.

**Le Syndicat des camionneurs, section locale 938 de la Fraternité internationale d'Amérique des camionneurs, chauffeurs, préposés d'entrepôts et aides, Fred Johnston et Humes Transport Limited, Toronto**  
*(Ontario) Appellants;*

et

**Gerald M. Massicotte et le Conseil canadien des relations du travail** *Intimés.*

N° du greffe: 16413.

1982: 29 mars; 1982: 31 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Conseil canadien des relations du travail — Clause privative — Refus du syndicat de s'occuper du grief relatif au congédiement d'un employé à temps partiel — Décision du Conseil selon laquelle le refus du syndicat constitue un manquement à son obligation de représenter l'employé de façon juste — Ordonnance du Conseil d'aller directement à l'arbitrage — La décision du Conseil est-elle susceptible de révision? — Le Conseil a-t-il outrepassé sa compétence? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 et modifications, art. 118p)(vii), 121, 122, 136.1, 155, 187, 189 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28(1)a).*

Le syndicat appelant a refusé de s'occuper du grief pour congédiement déposé par un employé à temps partiel contre l'employeur, pour le motif que les employés à temps partiel n'ont pas de recours par voie de grief en vertu de la convention collective. Le Conseil canadien des relations du travail a entendu la plainte de l'employé et a statué (1) que l'employé faisait partie de l'unité de négociation visée par la convention collective, (2) qu'il avait droit de recourir à la procédure d'arbitrage aux frais du syndicat et (3) que le syndicat avait manqué à son obligation, prévue à l'art. 136.1 du *Code canadien du travail*, de représenter l'employé de façon juste. La décision du Conseil n'est susceptible de révision que s'il y a eu manquement à la justice naturelle, un moyen qui n'est pas invoqué en l'espèce, ou s'il se pose une question de compétence. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du Syndicat en concluant qu'il n'y a pas eu d'excès de compétence.

*Arrêt:* Le pourvoi est annulé.

Mere doubt as to correctness of a labour board interpretation of its statutory power is no ground for finding jurisdictional error, especially when the labour board is exercising powers confided to it in wide terms to resolve competing contentions. Here the Canada Labour Relations Board addressed itself to the issue raised by the complaint and exercised powers in relation thereto which it clearly had under the *Canada Labour Code*. No question of jurisdiction were involved and the Board's decision was not reviewable.

*Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Jacmain v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 15; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, distinguished; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, discussed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1982] 1 F.C. 216, 34 N.R. 611, 119 D.L.R. (3d) 193, dismissing an application to review a decision of the Canada Labour Relations Board, [1980] 1 Can. LRBR 427. Appeal quashed.

*H. Caley and D. Wray*, for the appellants Teamsters Union Local 938 and Fred Johnston.

*Ian Scott, Q.C.*, and *Ross Wells*, for the respondent Canada Labour Relations Board.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—When this appeal came on for hearing on the merits by leave of the Court, two preliminary issues emerged, each of which, if decided adversely to the appellant Union, could or would affect its right to argue the merits. One issue was that of mootness and the other was non-reviewability if no question of the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board was involved. The Court reserved judgment on these two points and postponed argument on the merits

Un simple doute quant à l'exactitude d'une interprétation donnée par un conseil des relations du travail au sujet des pouvoirs que la loi lui attribue ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à une erreur de compétence, spécialement si ce conseil exerce les pouvoirs qui lui sont conférés, en termes généraux, pour résoudre des prétentions contradictoires. En l'espèce, le Conseil canadien des relations du travail a examiné la question soulevée par la plainte et a exercé les pouvoirs qui s'y rapportent et qu'il possède clairement en vertu du *Code canadien du travail*. Il ne se pose aucune question de compétence et la décision du Conseil n'est pas révisable.

Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts: *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Jacmain c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; arrêts analysés: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1982] 1 C.F. 216, 34 N.R. 611, 119 D.L.R. (3d) 193, qui a rejeté une demande d'examen de la décision du Conseil canadien des relations du travail, [1980] 1 Can LRBR 427. Pourvoi annulé.

*H. Caley et D. Wray*, pour les appelants le Syndicat des camionneurs, section locale 938 et Fred Johnston.

*Ian Scott, c.r.*, et *Ross Wells*, pour l'intimé le Conseil canadien des relations du travail.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Au moment de procéder, avec l'autorisation de cette Cour, à l'audition sur le fond du présent pourvoi, deux questions préliminaires se sont posées qui pouvaient ou pourraient l'une et l'autre, si la décision était défavorable au syndicat appelant, porter atteinte au droit du syndicat de plaider sur le fond. L'une de ces questions est le caractère théorique de la cause et l'autre, son caractère non révisable s'il ne se pose pas de question au sujet de la compétence du Conseil

pending their determination.

The mootness issue arose in this way. The Canada Labour Relations Board had determined that the prejudiced part-time employee, one Massicotte, who had complained to the Board of the Union's refusal to take up his dismissal grievance, was within the bargaining unit under the collective agreement between the Union and his employer, Humes Transport Ltd., that he was entitled to invoke the arbitration procedure under that agreement at the Union's expense; that the Union, by declining to take up his grievance, had failed in its statutory duty of fair representation under s. 136.1 of the *Canada Labour Code*, 1972 (Can.), c. 18, as amended by 1977-78 (Can.), c. 27, s. 49. The Federal Court of Appeal denied review and affirmed the Board's order *in toto*, including its direction that the employee could go directly to arbitration and that the arbitration board (to which the employee would nominate a member) would be left to determine whether a part-time employee was protected against unjust dismissal.

An application by the Union to come here was made on February 2, 1981 and granted on February 17, 1981. In the meantime, on February 9, 1981, arbitration began on the employee's grievance before a board to which he nominated a member. The board delivered its decision adverse to the employee on November 16, 1981, before the appeal to this Court came on for hearing. Although apparently asked to withhold its decision until the appeal here was disposed of, the board did not do so and held that the employee was not entitled to resort to the arbitration machinery under the collective agreement for protection against unjust dismissal. Hence, the contention advanced by counsel for the Canada Labour Relations Board that the appeal was moot.

The issue of jurisdiction, and reviewability on that ground, engages s. 122 of the *Canada Labour Code*, 1972 (Can.), c. 18, as amended by 1977-78

canadien des relations du travail. La Cour a mis l'affaire en délibéré sur ces deux points et a ajourné le débat sur le fond jusqu'à ce qu'elle ait statué sur ceux-ci.

<sup>a</sup> La question du caractère théorique de l'affaire se présente ainsi. Le Conseil canadien des relations du travail a décidé que l'employé à temps partiel lésé, un nommé Massicotte, qui s'était plaint au Conseil du refus du syndicat de s'occuper du grief relatif à son congédiement, faisait partie de l'unité de négociation visée par la convention collective liant le syndicat et son employeur, Humes Transport Ltd., qu'il avait le droit de recourir, aux frais du syndicat, à la procédure d'arbitrage prévue à cette convention; qu'en refusant de s'occuper de son grief, le syndicat avait manqué à son obligation de représenter de façon juste l'employé que prévoit l'art. 136.1 du *Code canadien du travail*, 1972 (Can.), chap. 18, modifié par 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 49. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'examen et confirmé la totalité de l'ordonnance du Conseil, notamment la directive permettant à l'employé d'aller directement à l'arbitrage et portant que le conseil d'arbitrage (dont l'employé nommerait un membre) aurait à déterminer si un employé à temps partiel est protégé contre un congédiement injuste.

<sup>f</sup> Le 2 février 1981, le syndicat a adressé une requête en autorisation de se pourvoir en cette Cour, laquelle lui a été accordée le 17 février 1981. Dans l'intervalle, le 9 février 1981, un conseil d'arbitrage dont un membre avait été nommé par l'employé, a commencé l'audition du grief. Le conseil d'arbitrage a rendu une décision défavorable à l'employé, le 16 novembre 1981, avant l'audition du pourvoi en cette Cour. Même s'il semble qu'on lui ait demandé de surseoir à sa décision jusqu'à ce que la Cour ait statué sur le pourvoi, le conseil d'arbitrage ne l'a pas fait et a décidé que l'employé ne pouvait pas recourir au processus d'arbitrage en vertu de la convention collective pour se protéger contre un congédiement injuste. D'où la prétention de l'avocat du Conseil canadien des relations du travail que le pourvoi est théorique.

<sup>j</sup> La question de la compétence et de la possibilité de réviser pour ce motif relève de l'art. 122 du *Code canadien du travail*, 1972 (Can.), chap. 18,

(Can.), c. 27, s. 43. The amended s. 122 fortifies a privative clause in respect of the Board's catalogue of powers by limiting review by the Federal Court of Appeal not to the entire range of matters specified in s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 but only to the matters in s. 28(1)(a). That provision confines review to breach of natural justice and to questions of jurisdiction. Admittedly there is here no issue of natural justice, but it was strenuously contended by the Union that there were issues of jurisdiction in the case which made review by the Federal Court of Appeal appropriate. Uniquely, at least in my experience, the Canada Labour Relations Board contended that there were no jurisdictional questions to be determined and, hence, following this Court's practice, it could not be heard on the merits; contrarywise, the Union asserted jurisdictional error to justify intervention by the Federal Court of Appeal and by this Court on further appeal. I need only say of the judgment of the Federal Court of Appeal that it found no excess of jurisdiction on the part of the Canada Labour Relations Board.

I must note that neither the employer nor the employee who launched this case appeared before this Court. The employer threw in its lot with the Union, and the employee, although filing a factum as did the employer, left argument to counsel for the Board. Of course, that counsel was not representing the employee who, presumably was content to abide by the consequences of whatever submissions were advanced by counsel for the Board.

I propose in these reasons to address myself to the question whether an issue of jurisdiction of the Board is involved, and only if I come to an affirmative conclusion in this respect will it become necessary to consider also the question of mootness. At the forefront, this Court has the opinion of the Federal Court of Appeal that the Canada Labour Relations Board did not exceed its jurisdiction or otherwise commit any jurisdictional error in the order that it made and in the direc-

modifié par 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 43. Le nouvel art. 122 renforce une clause privative applicable à la liste des pouvoirs du Conseil en restreignant la révision par la Cour d'appel fédérale non pas à toute la gamme de sujets énoncés à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, mais seulement aux sujets énoncés à l'al. 28(1)a). Cette disposition restreint la révision au manquement à la justice naturelle et aux questions de compétence. De toute évidence, il n'est pas question de justice naturelle ici, mais le syndicat a prétendu vigoureusement qu'il y a en l'espèce des questions de compétence qui justifient une révision par la Cour d'appel fédérale. Exceptionnellement, selon mon expérience du moins, le Conseil canadien des relations du travail a soutenu qu'il n'y a pas de question de compétence à trancher et qu'en conséquence, si l'on s'en tient à la pratique de cette Cour, il ne peut y avoir audition sur le fond; par contre, le syndicat a invoqué l'erreur de compétence pour justifier l'intervention de la Cour d'appel fédérale et celle de cette Cour au niveau du pourvoi. Qu'il me suffise de dire au sujet de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, que cette dernière n'y a pas conclu à un excès de compétence de la part du Conseil canadien des relations du travail.

Je dois souligner que ni l'employeur ni l'employé à l'origine de l'affaire n'ont comparu en cette Cour. L'employeur s'en est remis au syndicat et l'employé, même s'il a produit un mémoire à l'instar de l'employeur, a laissé le soin de plaider à l'avocat du Conseil. Il va de soi que cet avocat ne représentait pas l'employé qui se contentait probablement d'assumer les conséquences des prétentions, quelles qu'elles soient, de l'avocat du Conseil.

J'ai l'intention, dans ces motifs, de me demander s'il se pose une question au sujet de la compétence du Conseil et ce n'est que si j'arrive à une conclusion affirmative à cet égard qu'il sera nécessaire d'aborder aussi la question du caractère théorique du pourvoi. En premier lieu, cette Cour dispose de l'avis de la Cour d'appel fédérale selon lequel le Conseil canadien des relations du travail n'a ni outrepassé sa compétence, ni commis d'erreur de compétence dans l'ordonnance qu'il a rendue et les



tions that it gave affecting the appellant Union. Difficult as it may be to segregate consideration of jurisdiction from consideration of the merits, the latter must rest on the footing that jurisdiction was (as alleged here) lost during the course of the Board's inquiry by the determinations that it made. Certainly the Board had authority to enter upon the inquiry based upon the complaint made by Massicotte under s. 187 of the *Canada Labour Code*, as amended by 1977-78 (Can.), c. 27, s. 66 alleging a violation of s. 136.1. Moreover, it had the fortification provided by s. 118(p)(vii) of the *Canada Labour Code*, as enacted by 1972 (Can.), c. 18. That provision empowers the Board to decide any question as to whether any person or organization is a party to or bound by a collective agreement and it is authorized to decide this for all purposes of Part V of the *Canada Labour Code*, being the part concerned with industrial relations and the role of the Board in that respect, including the entire process of certification, negotiation of collective agreements and arbitration.

The following are applicable provisions of the *Canada Labour Code*:

118. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

(p) to decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether

(vii) any person or organisation is a party to or bound by a collective agreement,

121. The Board shall exercise such powers and perform such duties as are conferred or imposed upon it by, or as may be incidental to the attainment of the objects of, this Part including, without restricting the generality of the foregoing, the making of orders requiring compliance with the provisions of this Part, with any regulation made under this Part or with any decision made in respect of a matter before the Board.

directives qu'il a données à l'égard du syndicat appelant. Bien qu'il puisse être difficile de départager l'examen de la compétence et celui des questions de fond, ce dernier doit avoir pour prémisse que la compétence a été perdue (comme on le prétend en l'espèce) au cours de l'enquête du Conseil en raison des conclusions auxquelles il est parvenu. Le Conseil avait certainement le pouvoir d'enquêter sur la plainte déposée par Massicotte en vertu de l'art. 187 du *Code canadien du travail*, modifié par 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 66, portant qu'il y a eu violation de l'art. 136.1. De plus, il avait la justification additionnelle fournie par le sous-al. 118(p)(vii) du *Code canadien du travail*, promulgué à 1972 (Can.), chap. 18. Cette disposition permet au Conseil de trancher toute question de savoir si une personne ou une association est partie à une convention collective ou liée par celle-ci et il a le pouvoir de trancher cette question à toutes fins relatives à la Partie V du *Code canadien du travail*, laquelle porte sur les relations industrielles et le rôle du Conseil à cet égard, y compris tout le processus d'accréditation, de négociation des conventions collectives et d'arbitrage.

Voici les dispositions applicables du *Code canadien du travail*:

118. Le Conseil a, relativement à toute procédure engagée devant lui, pouvoir

p) de trancher à toutes fins afférentes à la présente Partie toute question qui peut se poser, à l'occasion de la procédure, notamment, et sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la question de savoir

(vii) si quelque personne ou association est partie à une convention collective ou est liée par cette dernière,

121. Le Conseil exerce les pouvoirs et fonctions que lui attribue la présente Partie ou qui peuvent être nécessaires à la réalisation des objets de la présente Partie, et notamment, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, il rend des ordonnances comportant obligation de se conformer aux dispositions de la présente Partie, de tout règlement pris sous son régime ou de toute décision rendue dans une affaire dont il est saisi.

122. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with paragraph 28(1)(a) of the *Federal Court Act*.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall be

(a) questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

136.1 Where a trade union is the bargaining agent for a bargaining unit, the trade union and every representative of the trade union shall represent, fairly and without discrimination, all employees in the bargaining unit.

187. (1) Subject to subsections (2) to (5), any person or organization may make a complaint in writing to the Board that

(a) an employer, a person acting on behalf of an employer, a trade union, a person acting on behalf of a trade union or an employee has failed to comply with subsection 124(4) or section 136.1, 148, 161.1, 184 or 185; or

(b) any person has failed to comply with section 186.

(2) Subject to this section, a complaint pursuant to subsection (1) shall be made to the Board not later than ninety days from the date on which the complainant knew, or in the opinion of the Board ought to have known, of the action or circumstances giving rise to the complaint.

Section 28(1)(a) of the *Federal Court Act*, referred to in s. 122 of the *Canada Labour Code*, *supra*, is as follows:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to

122. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente Partie, toute ordonnance ou décision du Conseil est définitive et ne peut être remise en question devant un tribunal ni révisée par un tribunal, si ce n'est conformément à l'alinéa 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

(2) Sauf dans la mesure où le paragraphe (1) le permet, aucune ordonnance, décision ou procédure du Conseil faite ou prise en vertu de l'autorité réelle ou présumée des dispositions de la présente Partie

a) ne peuvent être mises en question, révisées, interdites ou restreintes, ou

b) ne peuvent faire l'objet de procédures devant un tribunal soit sous la forme d'injonction, *certiorari*, prohibition ou *quo warranto*, soit autrement,

pour quelque motif y compris celui qu'elles outrepassent la juridiction du Conseil ou qu'au cours des procédures le Conseil a outrepassé ou perdu sa juridiction.

136.1 Lorsqu'un syndicat est accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation, il doit, de même que ses représentants, représenter tous les employés de l'unité de négociation de façon juste et sans discrimination.

187. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), toute personne ou organisation peut adresser au Conseil, par écrit, une plainte

a) portant qu'un employeur, une personne agissant pour le compte d'un employeur, un syndicat, une personne agissant pour le compte d'un syndicat ou un employé ne s'est pas conformé au paragraphe 124(4) ou aux articles 136.1, 148, 161.1, 184 ou 185; ou

b) portant qu'une personne ne s'est pas conformée à l'article 186.

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, une plainte pouvant être déposée en application du paragraphe (1) doit être adressée au Conseil dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la date à compter de laquelle le plaignant a eu ou, de l'avis du Conseil, aurait dû avoir connaissance des mesures ou des circonstances donnant lieu à la plainte.

L'alinéa 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*, mentionné à l'art. 122 du *Code canadien du travail*, précité, se lit comme suit:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour

hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

The appellant Union relies in the main on five cases in support of its contentions on jurisdiction. They are, respectively, *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Jacmain v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 15; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; and the judgment of the House of Lords in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, which was a foundation decision for another judgment of this Court in the case of *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425.

The key factor in the appellant's submission on jurisdictional error lay in its insistence that this Court had established patent unreasonableness in the Board's interpretation of its powers under the *Canada Labour Code* as giving rise to that kind of error. This, in its contention, went beyond mere error of law for which there was, admittedly, no recourse to judicial review. To the extent to which the Canada Labour Relations Board was entitled to examine the collective agreement (not to administer it but to assess its reach to part-time employees), there can be no basis for saying that it committed a jurisdictional error in finding that part-time employees were in the bargaining unit delineated by the agreement. If it was wrong in that assessment, the error would be one committed within its jurisdiction and hence would be at the most a non reviewable error of law.

entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

Le syndicat appelant invoque principalement cinq arrêts à l'appui de ses prétentions relatives à la compétence. Ce sont les arrêts suivants: *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Jacmain c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; et l'arrêt de la Chambre des lords, *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, sur lequel se fonde un autre arrêt de cette Cour: *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425.

Dans sa thèse relative à une erreur de compétence, l'appelant insiste essentiellement sur le fait que cette Cour a établi qu'une interprétation manifestement déraisonnable donnée par le Conseil quant aux pouvoirs que lui attribue le *Code canadien du travail* donne lieu à cette sorte d'erreur. Cela dépasse, selon sa prétention, la simple erreur de droit pour laquelle il n'y a, de toute évidence, aucun recours au contrôle judiciaire. Dans la mesure où le Conseil canadien des relations du travail avait le droit d'examiner la convention collective (non pas de l'appliquer, mais d'évaluer sa portée sur les employés à temps partiel), on ne peut pas dire qu'il a commis une erreur de compétence en concluant que les employés à temps partiel faisaient partie de l'unité de négociation définie par la convention. A supposer que sa conclusion soit erronée, il s'agirait d'une erreur commise dans le cadre de sa compétence et, en conséquence, ce serait tout au plus une erreur de droit non sujette à révision.

The jurisdictional question raised by the Union must concern not the Board's appraisal of the collective agreement to the limited extent to which it focussed on that document but rather the way in which it exercised its statutory powers. At first blush, any error of construction or application here would appear to me, *prima facie*, to involve no more than an error of law, if the Board had embarked, as it did here, upon an inquiry which it was authorized to pursue. I turn, however, to the case law upon which the appellant Union founded its contentions on jurisdiction.

The *Jacmain* case, in my opinion, is of no relevance here. It involved the question whether the dismissal of a probationary employee was a dismissal for cause or whether it was a disciplinary dismissal. Only in the latter case was it open to an adjudicator under s. 91 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35 to deal with the grievance. The case therefore involved the preliminary issue whether the adjudicator was entitled to embark upon adjudication of the grievance. Although there were differences of opinion on the character of the dismissal and on the adjudicator's assessment thereof (he held that it was disciplinary but the Federal Court of Appeal and the majority of this Court held otherwise), the case does not present an issue here where there could be no question of the authority of the Canada Labour Relations Board to deal with the complaint of the part-time employee.

Nor do I think that much comfort can be derived by the appellant Union from the decision of this Court in the *Nipawin* case. The issue there was whether the provincial Labour Relations Board had properly denied certification to the *Nipawin* District Staff Nurses Association on the ground that as a "company dominated organization" it could not qualify as a trade union entitled to be certified as a collective bargaining agent. The Saskatchewan Court of Appeal was of the view that the Board acted in excess of its jurisdiction under the provincial *Trade Union Act* because its finding that the Association was "company dominated" could not result in disqualification

La question de compétence soulevée par le syndicat doit avoir trait non pas à l'analyse de la convention collective faite par le Conseil dans la seule mesure où il s'est limité à ce document, mais plutôt à la façon dont il a exercé les pouvoirs que lui attribue la Loi. A première vue, toute erreur d'interprétation ou d'application en l'espèce me paraîtrait n'être rien de plus qu'une erreur de droit, si le Conseil avait entrepris, comme il l'a fait ici, une enquête qu'il était autorisé à mener. Je passe toutefois à la jurisprudence sur laquelle le syndicat appellant fonde ses prétentions relatives à la compétence.

L'arrêt *Jacmain*, à mon sens, n'est d'aucune utilité en l'espèce. Il porte sur la question de savoir si le congédiement d'un employé en stage était un congédiement pour cause ou un congédiement disciplinaire. Ce n'est que dans le dernier cas qu'un arbitre pouvait entendre le grief, en vertu de l'art. 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-35. L'affaire comportait donc la question préliminaire de savoir si l'arbitre avait le droit de procéder à l'arbitrage du grief. Malgré les divergences d'opinions sur la nature du congédiement et l'analyse qu'en a fait l'arbitre (il a conclu qu'il s'agissait d'un congédiement disciplinaire, mais la Cour d'appel fédérale et cette Cour à la majorité ont conclu le contraire), l'affaire ne s'applique pas en l'espèce puisque la compétence du Conseil canadien des relations du travail d'entendre la plainte d'un employé à temps partiel n'est pas mise en question.

Je ne crois pas non plus que le syndicat appellant puisse trouver grand appui dans l'arrêt *Nipawin* de cette Cour. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la Commission des relations de travail de la province avait eu raison de refuser l'accréditation à la *Nipawin* District Staff Nurses Association pour le motif que celle-ci, étant une «organisation dominée par l'employeur», n'était pas un syndicat susceptible d'être accrédité comme agent de négociation collective. La Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que la Commission avait outrepassé sa compétence en vertu de *The Trade Union Act* en vigueur dans la province, parce que sa conclusion selon laquelle l'Association était

unless there was a companion finding that the dominating organization, the Saskatchewan Registered Nurses' Association, was an employer or an employer's agent. This Court disagreed and restored the Board's order dismissing the certification application. The fact that the Board did not expressly find that the S.R.N.A. was an employer or employer's agent was held not to be fatal to the Board's jurisdiction, especially when it made the finding that the applicant Association was not a trade union under the Act.

The result reached by this Court in the *Nipawin* case is not difficult to support, having regard to the facts in that case. What counsel for the appellant Union fastens on here, however, are certain general observations made by this Court in arriving at its conclusion. Notice must be taken of the existence in *The Trade Union Act* of a strong privative clause, which included among its provisions power in the Board to determine any question of fact necessary to its jurisdiction. The observations relied on by the appellant Union are those of Dickson J., speaking for the Court (at pp. 388-89):

There can be no doubt that a statutory tribunal cannot, with impunity, ignore the requisites of its constituent statute and decide questions any way it sees fit. If it does so, it acts beyond the ambit of its powers, fails to discharge its public duty and departs from legally permissible conduct. Judicial intervention is then not only permissible but requisite in the public interest. But if the Board acts in good faith and its decision can be rationally supported on a construction which the relevant legislation may reasonably be considered to bear, then the Court will not intervene.

A tribunal may, on the one hand, have jurisdiction in the narrow sense of authority to enter upon an inquiry but, in the course of that inquiry, do something which takes the exercise of its powers outside the protection of the privative or preclusive clause. Examples of this type of error would include acting in bad faith, basing the decision on extraneous matters, failing to take relevant factors into account, breaching the provisions of natural justice or misinterpreting provisions of the Act so as to

«dominée par l'employeur» ne pouvait entraîner la disqualification à moins de conclure également que l'organisation dominante, la Saskatchewan Registered Nurses' Association, était un employeur ou un représentant d'employeur. Cette Cour n'a pas souscrit à ce raisonnement et elle a rétabli l'ordonnance de la Commission rejetant la demande d'accréditation. On a conclu que l'absence de conclusion expresse de la Commission que la S.R.N.A. était un employeur ou un représentant d'employeur ne portait pas atteinte à la compétence de la Commission, spécialement lorsque celle-ci avait conclu que l'association requérante n'était pas un syndicat au sens de la Loi.

La conclusion de cette Cour dans l'arrêt *Nipawin* n'est pas difficile à appuyer, vu les faits de cette affaire. Toutefois, ce à quoi l'avocat du syndicat appelant s'attache en l'espèce, ce sont certaines observations générales formulées par cette Cour pour arriver à cette conclusion. Il y a lieu de souligner l'existence, dans *The Trade Union Act*, d'une solide clause privative qui accorde notamment à la Commission le pouvoir de statuer sur toute question de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence. Les observations sur lesquelles s'appuie le syndicat appelant sont celles du juge Dickson qui s'exprime au nom de la Cour (aux pp. 388 et 389):

Il ne peut y avoir de doute qu'un tribunal «statutaire» ne peut pas, impunément, faire abstraction des conditions requises par la loi qui l'a créé, et trancher les questions à sa guise. S'il le fait, il déborde le cadre de ses pouvoirs, manque de remplir son devoir envers le public et s'écarte d'une façon d'agir légalement permise. Une intervention judiciaire est alors non seulement admissible, mais l'intérêt public l'exige. Mais si la Commission agit de bonne foi et si sa décision peut rationnellement s'appuyer sur une interprétation qu'on peut raisonnablement considérer comme étayée par la législation pertinente, alors la Cour n'interviendra pas.

Un tribunal peut, d'une part, avoir compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête mais, au cours de cette enquête, faire quelque chose qui retire l'exercice de ce pouvoir de la sauvegarde de la clause privative ou limitative de recours. Des exemples de ce genre d'erreur seraient le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la question, d'omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d'enfreindre les règles de la justice naturelle ou d'inter-

embark on an inquiry or answer a question not remitted to it. If, on the other hand, a proper question is submitted to the tribunal, that is to say, one within its jurisdiction, and if it answers that question without any errors of the nature of those to which I have alluded, then it is entitled to answer the question rightly or wrongly and that decision will not be subject to review by the Courts: ...

I do not see in these passages any basis for questioning the jurisdiction exercised in the present case by the Canada Labour Relations Board. Essentially, this Court has admonished that there must be no failure of natural justice (and there was none here) and that the Board should address itself to an issue arising under the legislation which it is charged to administer. If it has done this (as the Federal Court of Appeal held and, in my opinion, rightly so) there can be no jurisdictional infirmity when the Board is protected in its determinations by a privative clause. It may be wrong in law in interpreting the range of powers confided to it but its decisions are nonetheless immunized from judicial review.

Nothing said in the *New Brunswick Liquor Corporation* case adds to the scope of judicial review in a way that would support a jurisdictional challenge to the way in which the Board in the present case dealt with its powers under s. 136.1 or s. 155 of the *Canada Labour Code*, as amended by 1977-78 (Can.), c. 27, s. 52. The appellant Union brought s. 155 into these proceedings by contending that s. 155(3) envisaged arbitration between parties to a collective agreement and did not envisage access to arbitration by a grieving employee on his own. However, the Board's wide remedial powers under s. 189, as amended by 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68, where it has found a breach of s. 136.1 in the duty of a Union's duty of fair representation, entitled it to permit Massicotte to participate directly in the arbitration through nomination of an arbitrator.

prêter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont il n'est pas saisi. Si, d'autre part, une question appropriée est soumise à ce tribunal, c'est-à-dire, une question relevant de sa compétence, et s'il répond à cette question sans faire d'erreurs de la nature de celles dont j'ai parlé, il peut alors répondre à la question correctement ou incorrectement et sa décision ne sera pas sujette à révision par les cours ...

*b*

Je ne vois rien dans ces extraits qui puisse justifier la mise en question de la compétence exercée en l'espèce par le Conseil canadien des relations du travail. Essentiellement, cette Cour prévient qu'il ne doit pas y avoir de manquement à la justice naturelle (et il n'y en a pas en l'espèce) et que le Conseil doit examiner une question qui relève de la loi qu'il est chargé d'appliquer. Si c'est ce qu'il a fait (comme la Cour d'appel fédérale l'a conclu, à bon droit selon moi), il ne peut y avoir de vice de compétence puisque les décisions du Conseil sont protégées par une clause privative. Il peut commettre une erreur de droit en interprétant l'étendue des pouvoirs qui lui sont conférés, mais ses décisions sont néanmoins exemptées du contrôle judiciaire.

*f*

Rien dans l'arrêt *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* n'étend la portée du contrôle judiciaire de manière à justifier une contestation de compétence à l'encontre de la façon dont le Conseil a exercé en l'espèce les pouvoirs que lui attribue l'art. 136.1 ou l'art. 155 du *Code canadien du travail*, modifié par 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 52. Le syndicat appelant a invoqué l'art. 155 en l'espèce en soutenant que le par. 155(3) prévoit l'arbitrage entre les parties à une convention collective et non pas l'accès à l'arbitrage par un employé qui s'estime lésé et qui agit seul. Toutefois les vastes pouvoirs de redressement que possède le Conseil, en vertu de l'art. 189, modifié par 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68, lorsqu'il conclut qu'il y a eu violation de l'art. 136.1 portant sur l'obligation du syndicat de représenter un employé de façon juste, lui permettent d'autoriser Massicotte à participer directement à l'arbitrage par la nomination d'un arbitre.

I have already quoted s. 136.1 and it is also desirable to set out ss. 155 and 189, so far as material. They read as follows:

**155.** (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 employees bound by the collective agreement, concerning its interpretation, application, administration or alleged violation.

(2) Where any difference arises between parties to a collective agreement and

(a) the collective agreement does not contain a provision for final settlement of the difference as required by subsection (1), or

(b) the collective agreement contains a provision for final settlement of the difference by an arbitration board and either party fails to name its nominee to the board in accordance with the collective agreement,

the difference shall, notwithstanding any provision of the collective agreement, be submitted by the parties for final settlement

(c) to an arbitrator selected by the parties, or

(d) where the parties are unable to agree on the selection of an arbitrator and either party makes a written request to the Minister to appoint an arbitrator, to an arbitrator appointed by the Minister after such inquiry, if any, as the Minister considers necessary.

(3) Where a collective agreement provides for final settlement, without stoppage of work, of differences described in subsection (1) by an arbitrator or arbitration board and the parties or their nominees are unable to agree on the selection of an arbitrator or a chairman of the arbitration board, as the case may be, either party or its nominee may, notwithstanding anything in the collective agreement, make a written request to the Minister to appoint an arbitrator or a chairman of the arbitration board, as the case may be, and, upon receipt of such written request, the Minister shall, after such inquiry, if any, as he considers necessary, appoint the arbitrator or chairman of the arbitration board, as the case may be.

(4) Any person appointed or selected pursuant to subsection (2) or (3) as an arbitrator or arbitration board chairman shall be deemed, for all purposes of this Part, to have been appointed pursuant to the collective agreement between the parties.

J'ai déjà cité l'art. 136.1 et il est également souhaitable de reproduire les art. 155 et 189 dans la mesure où ils sont pertinents. Ces articles sont ainsi conçus:

**155.** (1) Toute convention collective doit contenir une clause de règlement définitif, sans arrêt de travail, par voie d'arbitrage ou autrement, de tous les conflits surgissant, à propos de l'interprétation, du champ d'application, de l'application ou de la présumée violation de la convention collective, entre les parties à la convention ou les employés liés par elle.

(2) Lorsqu'un conflit surgit entre les parties à une convention collective et que

a) la convention collective ne contient pas de clause de règlement définitif du conflit ainsi que l'exige le paragraphe (1), ou

b) la convention collective contient une clause de règlement définitif du conflit par un conseil d'arbitrage et que l'une ou l'autre des parties néglige de nommer un des membres du conseil en conformité de la convention collective,

le conflit doit, nonobstant toute disposition de la convention collective, être soumis par les parties, pour règlement définitif,

c) à un arbitre choisi par les parties, ou

d) lorsque les parties ne peuvent s'entendre sur le choix d'un arbitre et que l'une ou l'autre d'entre elles demande par écrit au Ministre d'en nommer un, à l'arbitre ainsi nommé après l'enquête que, le cas échéant, le Ministre juge nécessaire.

(3) Lorsqu'une convention collective prévoit le règlement définitif et sans arrêt de travail des conflits visés au paragraphe (1) par un arbitre ou un conseil d'arbitrage et que les parties ne peuvent s'entendre sur le choix d'un arbitre ou que les membres du conseil d'arbitrage nommés par les parties ne peuvent s'entendre sur le choix d'un président, l'une ou l'autre des parties ou un des membres, selon le cas, peut, nonobstant toute disposition de la convention collective, demander par écrit au Ministre de nommer un arbitre ou un président, selon le cas, et le Ministre doit, après réception de la demande et après l'enquête, qu'il juge nécessaire, le cas échéant, nommer l'arbitre ou le président.

(4) L'arbitre ou le président nommé ou choisi en vertu du paragraphe (2) ou (3) est réputé, aux fins de la présente Partie, avoir été nommé en conformité de la convention collective signée par les parties.

189. Where, under section 188, the Board determines that a party to a complaint has failed to comply with subsection 124(4) or section 136.1, 148, 161.1, 184, 185 or 186, the Board may, by order, require the party to comply with that subsection or section and may

(a) in respect of a failure to comply with section 136.1, require a trade union to take and carry on on behalf of any employee affected by the failure or to assist any such employee to take and carry on such action or proceeding as the Board considers that the union ought to have taken and carried on on the employee's behalf or ought to have assisted the employee to take and carry on;

and, for the purpose of ensuring the fulfilment of the objectives of this Part, the Board may, in respect of any failure to comply with any provision to which this section applies and in addition to or in lieu of any other order that the Board is authorized to make under this section, by order, require an employer or a trade union to do or refrain from doing any thing that it is equitable to require the employer or trade union to do or refrain from doing in order to remedy or counteract any consequence of such failure to comply that is adverse to the fulfilment of those objectives.

The *New Brunswick Liquor Corporation* case arose out of a Union complaint that the employer was using management persons to perform functions of employees during a lawful strike in violation of s. 102(3) of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25. This Court, reversing the New Brunswick Court of Appeal, sustained the order of the Public Service Labour Relations Board which upheld the Union's complaint. There is no doubt that the interpretation of s. 102(3) presented difficulties and the New Brunswick Court of Appeal felt that the question whether management persons are prohibited from replacing striking employees was a preliminary question upon which jurisdiction depended. In this respect that Court relied on the *Jacmain* case.

Justice Dickson, speaking for the Court, did not think that the language of preliminary or collateral was very helpful, since it segments and, in my

189. Lorsque, en vertu de l'article 188, le Conseil décide qu'une partie que concerne une plainte a enfreint le paragraphe 124(4) ou l'un des articles 136.1, 148, 161.1, 184, 185 ou 186, il peut, par ordonnance, requérir ladite partie de se conformer à ce paragraphe ou à cet article et il peut,

a) lorsqu'un employé est touché par une infraction à l'article 136.1, ordonner à un syndicat d'agir au nom dudit employé ou d'aider ce dernier à prendre les mesures ou à entamer et à continuer les procédures que, de l'avis du Conseil, le syndicat aurait dû prendre ou entamer et continuer au nom de l'employé ou aurait dû aider celui-ci à prendre ou à entamer et à continuer;

en outre, afin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente Partie, le Conseil peut, à l'égard de toute infraction à quelque disposition visée par le présent article, exiger d'un employeur ou d'un syndicat, par ordonnance, de faire ou de s'abstenir de faire toute chose qu'il est juste de lui enjoindre de faire ou de s'abstenir de faire afin de remédier ou de parer à toute conséquence défavorable à la réalisation des objectifs susmentionnés que pourrait entraîner ladite infraction, et ce en plus ou à la place de toute ordonnance que le Conseil est autorisé à rendre en vertu du présent article.

L'affaire *Société des alcools du Nouveau-Brunswick* découle d'une plainte d'un syndicat selon laquelle l'employeur recourait à des cadres pour remplir les fonctions des employés pendant une grève légale, contrairement au par. 102(3) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25. Cette Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et rétabli l'ordonnance de la Commission des relations de travail dans les services publics qui avait fait droit à la plainte du syndicat. Il n'y a pas de doute que l'interprétation du par. 102(3) présentait des difficultés et que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a considéré que la question de savoir s'il était interdit aux cadres de remplacer des employés en grève était une question préliminaire dont dépendait la compétence. La Cour d'appel s'est fondée, à cet égard, sur l'arrêt *Jacmain*.

Le juge Dickson, s'exprimant au nom de la Cour, n'a pas cru qu'il était très utile de parler de question préliminaire ou accessoire puisque cela



view, artificially so, the function of the Board. As he put it, at p. 233:

The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

The New Brunswick Act contained a familiar type of privative clause which would inhibit review for errors of law but not of jurisdiction. Dickson J. commented on this provision as follows, at pp. 235-36:

Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The usual reasons for judicial restraint upon review of labour board decisions are only reinforced in a case such as the one at bar. Not only has the Legislature confided certain decisions to an administrative board, but to a separate and distinct Public Service Labour Relations Board. That Board is given broad powers—broader than those typically vested in a labour board—to supervise and administer the novel system of collective bargaining created by the *Public Service Labour Relations Act*. The Act calls for a delicate balance between the need to maintain public services, and the need to maintain collective bargaining. Considerable sensitivity and unique expertise on the part of Board members is all the more required if the twin purposes of the legislation are to be met. Nowhere is the application of those skills more evident than in the supervision of a lawful strike by public service employees under the Act. Although the New Brunswick Act is patterned closely upon the federal *Public Service Staff Relations Act*, 1966-67 (Can.), c. 72, section 102(3) is not found in the federal legislation nor, in fact, in any other public sector labour legislation in Canada. The interpretation of s. 102(3) would seem to lie logically at the heart of the specialized

subdivise, artificiellement à mon avis, le rôle de la Commission. Il s'exprime ainsi à la p. 233:

Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. A mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

La loi du Nouveau-Brunswick comportait une clause privative ordinaire qui interdisait la révision pour erreur de droit mais non pour erreur de compétence. Le juge Dickson formule l'observation suivante à propos de cette disposition, aux pp. 235 et 236:

Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Les raisons habituelles pour lesquelles les tribunaux évitent de réviser les décisions des commissions des relations de travail prennent encore plus de poids dans un cas comme celui-ci. Ce n'est pas simplement à un organisme administratif que le législateur a donné un pouvoir de décision, mais à un organisme spécial et distinct, une Commission des relations de travail dans les services publics. Elle a de larges pouvoirs — plus étendus que ceux normalement conférés à pareil organisme — afin de surveiller et d'administrer le tout nouveau système de négociation collective créé par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*. Cette loi établit un équilibre délicat entre le besoin de maintenir des services publics et le besoin de préserver la négociation collective. Pour atteindre ce double but, les membres de la Commission doivent donc faire preuve d'une grande sensibilité à ces questions et d'une habileté unique. Nulle part ailleurs l'utilisation de ces aptitudes n'est plus cruciale que dans la surveillance d'une grève licite d'employés des services publics. Même si la Loi du Nouveau-Brunswick suit de près la loi fédérale *sur les relations de travail dans la Fonction publique*, 1966-67 (Can.), chap. 72, on ne trouve pas le

jurisdiction confided to the Board. In that case, not only would the Board not be required to be "correct" in its interpretation, but one would think that the Board was entitled to err and any such error would be protected from review by the privative clause in s. 101: . . .

He then passed to consider the contention of "patent unreasonableness" upon which appellant Union based itself in the present case. This is what he said at p. 237:

The Court of Appeal wrongly was of the opinion that the existence of the prohibition was a preliminary matter, and, therefore, the Board's decision was subject to review for its "correctness". I would take the position that the Board decided a matter which was plainly confided to it, for it alone to decide within its jurisdiction. It is contended, however, that the interpretation placed upon s. 102(3)(a) was so patently unreasonable that the Board, although possessing "jurisdiction in the narrow sense of authority to enter upon an inquiry", in the course of that inquiry did "something which takes the exercise of its powers outside the protection of the privative or preclusive clause".

Did the Board here so misinterpret the provisions of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

I do not see how one can properly so characterize the interpretation of the Board. The ambiguity of s. 102(3)(a) is acknowledged and undoubted. There is no one interpretation which can be said to be "right". The judgments of the Court of Appeal are in irreconcilable conflict. Mr. Justice Limerick took the view that "replace" dealt with permanent effects, and "fill their position" with temporary actions by the employer. Chief Justice Hughes found the converse, that "replace" meant "replace temporarily", while "fill their position" meant "fill their position on a permanent basis". Mr. Justice Bugold agreed in the result, but did not indicate which of the two versions he would adopt.

pendant du par. 102(3) dans cette dernière ni en fait dans aucune autre loi canadienne sur les relations de travail dans le secteur public. Logiquement, il faut supposer que l'interprétation du par. 102(3) est au coeur de la compétence spécialisée conférée à la Commission. Dans ce cas, non seulement la Commission n'est-elle pas tenue de faire une interprétation «juste», mais encore a-t-elle le droit d'errer et pareille erreur ne sera pas susceptible de révision étant donné la protection offerte par la clause privative de l'art. 101 . . .

Puis il examine l'argument du «caractère manifestement déraisonnable», sur lequel se fonde le syndicat appelant en l'espèce. Voici ce qu'il dit à la p. 237:

C'est à tort que la Cour d'appel a estimé que l'existence de l'interdiction était une question préliminaire et que la décision de la Commission était en conséquence sujette à révision pour en vérifier la «justesse». Je suis d'avis que la Commission a tranché une question qui lui revenait pleinement et qu'il appartenait à elle seule de trancher dans les limites de sa compétence. On prétend cependant que l'interprétation de l'al. 102(3)a) est à ce point déraisonnable que, même si la Commission avait «compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête», elle a, au cours de cette enquête, fait «quelque chose qui retire l'exercice de ce pouvoir de la protection offerte par la clause privative ou limitative».

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n'était pas saisie? Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

Je ne vois vraiment pas comment on peut qualifier ainsi l'interprétation de la Commission. L'ambiguïté de l'al. 102(3)a) est reconnue et incontestable. Il n'y a pas une interprétation unique dont on puisse dire qu'elle soit la «bonne». Les jugements de la Cour d'appel sont inconciliables. Le juge Limerick a estimé que «remplacer» vise des mesures permanentes et que «attribuer leurs postes» vise des mesures temporaires de la part de l'employeur. Le juge en chef Hughes a au contraire conclu que «remplacer» veut dire «remplacer temporairement» alors que «attribuer leurs postes» veut dire «attribuer leurs postes de façon permanente». Le juge Bugold a souscrit au résultat final, mais ne s'est pas prononcé en faveur d'une version en particulier.

Dickson J. made an extensive examination of the reasons in the New Brunswick Court of Appeal and concluded in these words, at p. 242:

I have discussed the possible interpretation of s. 102(3)(a) at some length only because, to some, the Board's interpretation may, at first glance, seem unreasonable if one draws too heavily upon private sector experience. Upon a careful reading of the Act, the Board's decision, and the judgments in the Court of Appeal, however, I find it difficult to brand as "patently unreasonable" the interpretation given to s. 102(3)(a) by the Board in this case. At a minimum, the Board's interpretation would seem at least as reasonable as the alternative interpretations suggested in the Court of Appeal. Certainly the Board cannot be said to have so misinterpreted the provision in question as to "embark on an inquiry or answer a question not remitted to it."

What this judgment and that in *Nipawin* clearly convey is that mere doubt as to correctness of a labour board interpretation of its statutory power is no ground for finding jurisdictional error, especially when the labour board is exercising powers confided to it in wide terms to resolve competing contentions. In so far as the *Anisminic* and *Metropolitan Life Insurance* cases deal with the so-called "wrong question" test of jurisdiction, they have no relevance here. It is impossible to say that the Canada Labour Relations Board asked itself the wrong question in any sense of departing from the inquiry in which it was engaged. It addressed itself to the issue raised by the complaint and exercised powers in relation thereto which it clearly had. At bottom, the objection is to the consequential results of that exercise, but this is a long way from any jurisdictional issue.

In the result, I am of the opinion that there is no question of jurisdiction involved in the objection to what the Canada Labour Relations Board did. Its decision and remedial order are hence not reviewable and this appeal therefore fails and, indeed, should be quashed. In the circumstances, it is unnecessary to deal with the issue of mootness.

Le juge Dickson a examiné en profondeur les motifs de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick et il a conclu en ces termes, à la p. 242:

Je me suis arrêté aux interprétations possibles de l'al. 102(3)a uniquement parce que, pour certains, l'interprétation retenue par la Commission peut, à première vue, sembler déraisonnable si l'on établit une comparaison trop étroite avec le secteur privé. Après une lecture attentive de la Loi, de la décision de la Commission et des jugements de la Cour d'appel, il me semble difficile de taxer l'interprétation de l'al. 102(3)a qu'elle a retenue de [TRADUCTION] «manifestement déraisonnable». L'interprétation de la Commission semble tout au moins aussi raisonnable que les autres interprétations proposées par la Cour d'appel. On ne peut certainement pas dire que la Commission a mal interprété la disposition en question «de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont [elle] n'est pas saisie».

Cet arrêt et l'arrêt *Nipawin* signifient clairement qu'un simple doute quant à l'exactitude d'une interprétation donnée par un conseil des relations du travail au sujet des pouvoirs que la loi lui attribue ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à une erreur de compétence, spécialement si ce conseil exerce les pouvoirs qui lui sont conférés, en termes généraux, de résoudre des prétentions contradictoires. Dans la mesure où les arrêts *Anisminic* et *Metropolitan Life Insurance* portent sur ce qu'on est convenu d'appeler le critère de compétence de la «mauvaise question», ils ne sont d'aucune utilité en l'espèce. Il est impossible d'affirmer que le Conseil canadien des relations du travail s'est posé la mauvaise question dans le sens qu'il se serait écarté de l'enquête auquel il procédait. Il a examiné la question soulevée par la plainte et a exercé les pouvoirs qui s'y rapportent et qu'il possède clairement. Au fond, l'objection porte sur les conséquences de cet exercice, ce qui est loin d'être une question de compétence.

En définitive, je suis d'avis que l'objection portant sur ce qu'a fait le Conseil canadien des relations du travail ne soulève aucune question de compétence. Sa décision et son ordonnance de redressement ne sont donc pas révisables et, en conséquence, le présent pourvoi échoue et doit, en fait, être annulé. Vu les circonstances, il est inutile d'aborder la question du caractère théorique.

There will be no order as to costs, none being sought by the respondent Board.

*Appeal quashed.*

*Solicitors for the appellants Teamsters Union Local 938 and Fred Johnston: Caley & Wray, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Humes Transport Limited: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Gerald M. Massicotte: Brian Iler, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Canada Labour Relations Board: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.*

Il n'y aura pas d'adjudication de dépens puisque le Conseil intimé n'en a pas fait la demande.

*Pourvoi annulé.*

*Procureurs des appelants le Syndicat des camionneurs, section locale 938 et Fred Johnston: Caley & Wray, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante Humes Transport Limited: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.*

*Procureur de l'intimé Gerald M. Massicotte: Brian Iler, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé le Conseil canadien des relations du travail: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.*

**Ronald Elwyn Lister Limited, Ronald E. Lister and Joan C. Lister** *Appellants;*

and

**Dunlop Canada Limited** *Respondent.*

File No.: 15955.

1981: November 3, 4; 1982: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Contracts — Franchise agreement — Debenture and personal guarantees securing corporate debt — Seizure of assets, including those held personally, without notice — Subsequent agreement settling financing difficulties — Damages sought for unlawful seizure, improper disposition of company's assets, and negligent misrepresentation prior to granting of personal guaranties.*

Appellants claim damages arising out of a franchise agreement between Dunlop and the appellant company, and a subsequent agreement. Moneys had fallen due under the franchise agreement and associated security. Dunlop appointed a receiver under the debenture collateralizing the company's debt and also demanded payment under the personal guaranty of Lister and of his wife. Among the assets seized were assets personally owned by Lister pursuant to a franchise agreement with Chrysler Canada. All outstanding differences between the Listers and Dunlop, and between Mr. Lister and Chrysler, were purportedly settled by the agreement.

The plaintiffs/appellants claimed damages for: (a) the unlawful seizure of assets personally owned by Lister, (b) the wrongful seizure and improper disposition of the company's assets, and (c) Dunlop's negligent representation to the Listers prior to their guaranteeing the company's debt. The trial judge allowed the claims for wrongful seizure, but refused to set aside the Listers' personal guaranties. The Court of Appeal only considered, and reversed the judgment with respect to, those claims flowing from wrongful seizure.

*Held:* The appeal should be allowed.

**Ronald Elwyn Lister Limited, Ronald E. Lister et Joan C. Lister** *Appellants;*

et

<sup>a</sup> **Dunlop Canada Limited** *Intimée.*

N° du greffe: 15955.

1981: 3, 4 novembre; 1982: 31 mai.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

<sup>c</sup> *Contrats — Contrat de concession — Débenture et cautionnements personnels garantissant la dette de la société — Saisie de biens, y compris des biens personnels, sans préavis — Compromis réglant les difficultés financières — Action en dommages pour saisie illégale, pour disposition illégitime des biens de la société et pour les déclarations inexactes faites par négligence avant que les cautionnements personnels ne soient consentis.*

<sup>d</sup> Les appelants réclament des dommages-intérêts découlant d'un contrat de concession entre Dunlop et la société appelante et d'un compromis intervenu par la suite. Des sommes étaient devenues exigibles en vertu du contrat de concession et de la sûreté connexe. Dunlop a nommé un séquestre aux termes de la débenture émise comme garantie subsidiaire de la dette de la société et a en outre exigé de M. Lister et de sa femme, en leur qualité de cautions, le paiement de la dette. Parmi les biens saisis figuraient des biens personnels appartenant à M. Lister en vertu d'un contrat de concession avec Chrysler Canada. Tous les différends qui existaient entre les Lister et Dunlop et entre M. Lister et Chrysler étaient censés avoir été réglés par le compromis.

<sup>e</sup> Les demandeurs appellants réclament des dommages-intérêts pour: a) la saisie illégale de biens personnels de Lister, b) la saisie et la disposition illégitimes des biens de la société et c) les déclarations inexactes que Dunlop a faites par négligence aux Lister avant que ceux-ci ne se rendent cautions de la dette de la société. Le juge de première instance a fait droit aux réclamations pour saisie illégale, mais a refusé d'annuler les cautionnements personnels des Lister. La Cour d'appel n'a examiné le jugement que sous l'aspect des réclamations découlant de la saisie illégitime et l'a rejeté seulement dans la mesure où il se rapporte à cet aspect.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Dunlop was entitled to enforce its debenture provided adequate notice on which the debtor could act was given. Dunlop did not give this notice. Statements made by Lister in the course of negotiating for some means to save the undertaking and the Listers' allowing the receiver to take possession of and to liquidate the company's assets did not create any waiver of this right to notice. The appellants are therefore entitled to damages for trespass and conversion on the part of Dunlop, and the facts provide a sufficient basis for the exercise by the trial judge of his discretion to award exemplary damages. The Listers, by their entry into a performance of the settlement agreement, were foreclosed, however, from asserting that the guaranties made by them were unenforceable at law or unenforceable because of Dunlop's misrepresentations.

*Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757; *Callisher v. Bischoffsheim* (1870), L.R. 5 Q.B. 449; *Miles v. New Zealand Alford Estate Company* (1886), 32 Ch.D. 266; *Magee v. Pennine Insurance Co. Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 507; *Massey v. Sladden* (1868), L.R. 4 Ex. 13; *Toms v. Wilson and Another* (1863), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524; *Moore v. Shelley and Another* (1883), 8 A.C. 285; *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198; *Royal Bank of Canada v. Cal Glass Ltd. and Coopers & Lybrand Limited* (1979), 18 B.C.L.R. 55; *J. & E. Hall, Ltd. v. Barclay*, [1937] 3 All E.R. 620; *Kullberg's Furniture Limited v. Flin Flon Hotel Company Limited* (1958), 26 W.W.R. 721; *Yukon Southern Air Transport Limited et al. v. The King*, [1942] Ex. C.R. 181; *Brodt v. Wearmouth and Pyle*, [1937] 1 W.W.R. 777, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1979), 105 D.L.R. (3d) 684, 27 D.R. (2d) 168, allowing an appeal and dismissing a cross-appeal from a judgment of Rutherford J. Appeal allowed.

*D. K. Laidlaw, Q.C.*, and *P. H. Griffin*, for the appellants.

*R. M. Loudon, Q.C.*, and *H. W. Sterling*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This is a claim by a corporate plaintiff/appellant (hereinafter referred to as the Com-

Dunlop avait le droit de liquider sa débenture moyennant un préavis suffisant au débiteur. Dunlop n'a pas donné ce préavis. Les déclarations faites par Lister dans le cadre de négociations en vue de trouver un moyen de sauver l'entreprise et le fait que les Lister ont permis au séquestre de prendre possession et de procéder à la liquidation des biens de la société ne constituent aucune-  
ment une renonciation au droit à un avis. Par consé-  
quent, les appelants ont droit à des dommages-intérêts pour atteinte à la possession et appropriation illégale de la part de Dunlop et les faits fournissent une justifica-  
tion suffisante pour que le juge de première instance puisse exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder des dommages-intérêts exemplaires. De par leur acceptation d'exécuter le compromis, les Lister n'ont toutefois pas le droit d'affirmer que les cautionnements consentis par eux sont non exécutoires en droit ou non exécutoires en raison des déclarations inexactes de Dunlop.

Jurisprudence: *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757; *Callisher v. Bischoffsheim* (1870), L.R. 5 Q.B. 449; *Miles v. New Zealand Alford Estate Company* (1886), 32 Ch.D. 266; *Magee v. Pennine Insurance Co. Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 507; *Massey v. Sladden* (1868), L.R. 4 Ex. 13; *Toms v. Wilson and Another* (1863), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524; *Moore v. Shelley and Another* (1883), 8 A.C. 285; *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198; *Royal Bank of Canada v. Cal Glass Ltd. and Coopers & Lybrand Limited* (1979), 18 B.C.L.R. 55; *J. & E. Hall, Ltd. v. Barclay*, [1937] 3 All E.R. 620; *Kullberg's Furniture Limited v. Flin Flon Hotel Company Limited* (1958), 26 W.W.R. 721; *Yukon Southern Air Transport Limited et al. v. The King*, [1942] R.C. de l'É. 181; *Brodt v. Wearmouth and Pyle*, [1937] 1 W.W.R. 777.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 105 D.L.R. (3d) 684, 27 D.R. (2d) 168, qui a accueilli un appel et rejeté un appel incident d'un jugement du juge Rutherford. Pourvoi accueilli.

*D. K. Laidlaw, c.r.*, et *P. H. Griffin*, pour les appelants.

*R. M. Loudon, c.r.*, et *H. W. Sterling*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Il s'agit d'une action en dommages-intérêts déposée par la société demande-

pany) and its two shareholders, the co-appellants (hereinafter referred to as the Listers), for damages arising out of a franchise agreement between the defendant/respondent (hereinafter referred to as Dunlop) and the Company and a settlement agreement between the Listers and Dunlop. The action arises out of three main events:

- (a) The franchise agreement whereby Dunlop granted to the Company exclusive rights within a defined area to market the wares of Dunlop;
- (b) The demand by Dunlop for moneys due under the franchise agreement and the associated security and the appointment by Dunlop at the same time of a receiver under the debenture issued to collaterally secure the indebtedness of the Company. At the same time, Dunlop demanded payment from Mr. Lister on his guaranty of the Company's debt. About a month later a similar demand was made upon Mrs. Lister.
- (c) All outstanding differences between the Listers and Dunlop and between Mr. Lister and Chrysler Canada Ltd. (hereinafter referred to as Chrysler) concerning a franchise agreement between Chrysler and Mr. Lister, were purportedly settled by a contract dated 31 May 1972 but apparently executed on 6 June 1972. The Company was not a party to this settlement agreement presumably because it was in receivership and nothing remained to be settled with respect to that process as it was covered by the debenture itself.

The plaintiffs appellants claim damages for:

- (a) unlawful seizure of the assets of Mr. Lister personally relating to an Autopar parts business carried on by Mr. Lister personally under the franchise agreement with Chrysler (hereinafter referred to as the Chrysler franchise);

resse appelante (ci-après appelée la société) et ses deux actionnaires, les coappellants (ci-après appelés les Lister), qui résulte d'un contrat de concession intervenu entre la défenderesse intimée (ci-après appelée Dunlop) et la société, et d'un compromis intervenu entre les Lister et Dunlop. L'action découle de trois événements principaux:

- a) le contrat de concession par lequel Dunlop a accordé à la société le droit exclusif de commercialiser les marchandises de Dunlop dans un territoire donné;
- b) la réclamation par Dunlop des sommes dues en vertu du contrat de concession et de la sûreté connexe et la nomination par Dunlop, au même moment, d'un séquestre aux termes de la débenture émise comme garantie subsidiaire de la dette de la société. Au même moment, Dunlop a exigé de M. Lister à titre de caution\* le paiement de la dette de la société. Environ un mois plus tard, une réclamation semblable a été adressée à M<sup>me</sup> Lister.
- c) Tous les différends qui existent entre les Lister et Dunlop et entre M. Lister et Chrysler Canada Ltd. (ci-après appelée Chrysler) à propos d'un contrat de concession entre Chrysler et M. Lister sont censés avoir été réglés par un compromis en date du 31 mai 1972, mais apparemment signé le 6 juin 1972. La société n'est pas partie à ce compromis probablement parce qu'elle était sous séquestre et que plus rien ne pouvait faire l'objet d'un compromis à l'égard de cette façon de procéder qui était déjà prévue dans la débenture elle-même.

Les demandeurs appelants réclament des dommages-intérêts pour:

- a) la saisie illégale des biens personnels de M. Lister relativement à un commerce de pièces d'automobile appelé Autopar que M. Lister exploitait personnellement en vertu d'un contrat de concession avec Chrysler (ci-après appelé la concession Chrysler);

\* Dans les présents motifs, le mot «cautionnement» désigne la convention par laquelle une personne s'engage à remplir l'obligation d'une autre, et le mot «caution» désigne la personne qui souscrit cet engagement.

- (b) wrongful seizure of the Company's assets including the merchandise delivered by Dunlop to the Company under the franchise agreement;
- (c) negligent misrepresentation made by Dunlop to the Listers prior to the giving of the guaranties\* of the Company indebtedness.
- b) la saisie illégitime des biens de la société, notamment les marchandises livrées par Dunlop à la société conformément au contrat de concession;
- a c) les déclarations inexactes que Dunlop a faites par négligence aux Lister avant que ceux-ci ne se rendent cautions de la dette de la société.

The trial judge awarded damages with respect to the seizure of both the goods of the Company and the Autopar parts goods which were the property of Mr. Lister, (and which goods are hereinafter referred to for the sake of brevity as the Autopar assets), to be assessed on the basis of:

1. In the case of the Company:

- (a) the difference between the amount realized by the receiver on the assets of the Company and the amount that would have been realized had their disposition been on a proper basis;
- (b) the loss of future income resulting from the destruction of the business of the Company by the wrongful seizure of its assets; and
- (c) exemplary damages by reason of the wilful nature of Dunlop's trespass as manifest in the decision to seize without reasonable time for compliance together with the circumstances of the seizure itself.

2. In the case of Mr. Lister the damages for the wrongful seizure of the Autopar assets were calculated in the same manner as in paragraphs 1(a),(b) and (c) above.

The plaintiffs claimed damages for breach of representation made in the negotiation for the franchise agreement by Dunlop. The trial judge found these claims were barred by paragraph 4(11) of the franchise agreement and dismissed them. This was not appealed to the Court of Appeal. Similarly the trial judge dismissed the

\* In these reasons "guaranty" (plural, guaranties) is employed as a noun and refers to the agreement guaranteeing something to somebody; guarantee is used both as a verb to give a guaranty and as a noun, the correlative of guarantor.

b Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts à l'égard de la saisie tant des marchandises de la société que des pièces constituant la marchandise d'Autopar, propriété de M. Lister (laquelle marchandise, par souci de concision, est appelée ci-après les biens d'Autopar), dont le montant serait fixé en fonction de:

1. Quant à la société:

- a) la différence entre la somme que le séquestre a tirée des biens de la société et la somme qui en aurait été tirée s'ils avaient été aliénés de façon appropriée;
- b) la perte de revenus futurs résultant de l'anéantissement du commerce de la société par suite de la saisie illégitime de ses biens; et
- c) des dommages-intérêts exemplaires en raison du caractère délibéré de l'acte illégitime de Dunlop comme le démontrent sa décision de saisir sans accorder un délai raisonnable pour s'exécuter et les circonstances de la saisie elle-même.

2. Quant à M. Lister, les dommages-intérêts relatifs à la saisie illégitime des biens d'Autopar sont calculés de la même manière que dans les alinéas 1a),b) et c) ci-dessus.

Les demandeurs ont réclamé des dommages-intérêts en raison du non-respect par Dunlop des engagements pris au moment de la négociation du contrat de concession. Le juge de première instance a conclu que ces demandes étaient irrecevables à cause du paragraphe 4(11) du contrat de concession et les a rejetées. Cela n'a pas fait l'objet



claim that the personal guaranties given by the Listers at the time of the franchise agreement be set aside. Neither was this refusal by the trial judge included in the appeal to the Court of Appeal.

I propose to review the facts and the law and ultimately the legal position of the parties in the context of:

1. the seizure of the Company's assets;
2. the Autopar seizure;
3. the settlement contract; and
4. the alleged misrepresentation made with reference to the franchise agreement and the associated personal guaranties of the Listers.

#### 1. The Seizure of the Company's Assets

Negotiations for a dealership agreement (as it is termed in the agreement itself) were undertaken by the Listers and Dunlop and ultimately a franchise agreement was signed by the Company (which was incorporated by the Listers during these negotiations) and Dunlop. The Listers were the sole shareholders of the Company and signed the agreement as its officers in June 1970, Mr. Lister as President and Mrs. Lister as Secretary-Treasurer of the Company. The Listers were not personally parties to the agreement.

Unhappily the succeeding commercial venture did not measure up to the participants' hopes. The debt to Dunlop mounted, sales were below expectations and eventually the parties fell into a correspondence over claims of overdue debts and accusations of inadequate support. Strangely enough, during this period the Company opened a branch store in Orangeville, Ontario.

After an exchange of letters over a period of about four months concerning the moneys owed by the Company to Dunlop, Dunlop appointed a receiver under the debenture, and the receiver, a representative of Dunlop and a security guard arrived on the Guelph premises of the Company on

d'un appel à la Cour d'appel. De même, le juge de première instance a rejeté la demande d'annulation des cautionnements personnels consentis par les Lister au moment de la signature du contrat de concession. Le rejet de cette demande par le juge de première instance n'a pas fait non plus l'objet d'un appel à la Cour d'appel.

Je me propose d'examiner les faits et le droit et, en dernier lieu, la situation juridique des parties relativement:

1. à la saisie des biens de la société;
2. à la saisie des biens d'Autopar;
3. au compromis; et
4. aux prétendues déclarations inexactes concernant le contrat de concession et les cautionnements personnels connexes des Lister.

#### d 1. La saisie des biens de la société

Les Lister et Dunlop ont entrepris des négociations d'un contrat de distribution (selon le terme utilisé dans le contrat lui-même) qui ont abouti à la signature d'un contrat de concession par la société (constituée juridiquement par les Lister pendant ces négociations) et Dunlop. Les Lister étaient les seuls actionnaires de la société et ils ont signé le contrat à titre d'administrateurs en juin 1970, M. Lister agissant comme président et M<sup>me</sup> Lister comme secrétaire-trésorier de la société. Les Lister n'étaient pas personnellement parties au contrat.

Malheureusement, l'entreprise commerciale ne devait pas répondre aux espérances des parties. Les montants dus à Dunlop se sont accumulés, les ventes furent inférieures à ce qui avait été prévu et finalement, les parties en sont venues à échanger de la correspondance concernant des réclamations de dettes échues et des accusations d'appui insuffisant. Assez curieusement, la société a ouvert, pendant cette période, une succursale à Orangeville (Ontario).

Après un échange de correspondance qui a duré environ quatre mois au sujet des sommes dues à Dunlop par la société, Dunlop a nommé un séquestre aux termes de la débenture et le séquestre, un représentant de Dunlop et un agent de sécurité se sont présentés aux locaux de la société à Guelph

the morning of March 20, 1972. Mr. Lister resisted the claim for possession of the premises by the receiver, but a few hours later, after being assured by an officer of Dunlop that the personal guarantees would not be enforced, Mr. Lister withdrew his opposition and the receiver took possession of the premises at Guelph and Orangeville.

The state of the business of the Company under the franchise agreement was described by the learned trial judge:

During the latter part of 1971, the evidence indicated increasing concern by Dunlop as to the financial situation of the Lister dealership, especially in respect of its failure to reduce its indebtedness to Dunlop. . . . It was decided by, at latest, the beginning of March, 1972 that this situation had become intolerable and a decision was taken by the defendant to terminate the Lister franchise and realize on its security.

At the time of the entry into possession by the receiver, \$127,160.84 was owing (as of February 29, 1972, made up of \$77,117.27 on the trade account and \$50,043.57 on the loan account) by the Company to Dunlop. The debenture is silent as to any requirement of notice on default, section 6 providing only:

**SECTION 6. Default and Enforcement**

6.1 Notwithstanding anything to the contrary contained in the Debenture and without prejudice to the right of the holder of this Debenture to demand payment at any time of the principal and interest hereby secured, all unpaid principal and interest owing under this Debenture shall forthwith become due and payable and the security hereby constituted shall become enforceable in each and every of the events following:

(i) if the Company makes default in the payment of the principal of the Debenture when the same becomes payable;

(xix) if the Company fails to pay to Dunlop any monies due to Dunlop as and when they become due and payable;

6.2 Whenever the security hereby constituted shall have become enforceable and so long as it shall remain enforceable the holder of this Debenture may proceed to realize the security hereby constituted and to enforce his rights by entry; or by proceedings in any court . . .

dans la matinée du 20 mars 1972. M. Lister s'est d'abord opposé à la prise de possession des lieux par le séquestre, mais quelques heures plus tard, après avoir obtenu l'assurance d'un dirigeant de Dunlop que l'on ne se prévaudrait pas des cautionnements personnels, M. Lister a cédé et le séquestre a pris possession des lieux à Guelph et à Orangeville.

Le savant juge de première instance décrit comme suit l'état du commerce que la société exploitait en vertu du contrat de concession:

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve qu'au cours des derniers mois de 1971, Dunlop était de plus en plus préoccupée par la situation financière de la concession des Lister, spécialement en ce qui avait trait à son incapacité de réduire sa dette contractée avec Dunlop . . . On a conclu, dès le début de mars 1972, que la situation était devenue intolérable et la défenderesse a décidé de résilier la concession des Lister et de réaliser la sûreté.

Au moment de la prise de possession par le séquestre, la société devait à Dunlop \$127,160.84 (au 29 février 1972, soit \$77,117.27 au titre des marchandises livrées et \$50,043.57 au titre du prêt). La débenture ne précise aucune obligation de faire une mise en demeure de payer, l'article 6 ne prévoyant que ceci:

**ARTICLE 6. Défaut de paiement et exécution forcée**

6.1 Nonobstant toute disposition contraire de la débenture et sans préjudice du droit du détenteur de cette débenture d'exiger en tout temps le paiement du principal et des intérêts garantis par la présente, tout montant impayé au titre du principal et des intérêts dus en vertu de la présente débenture deviendra immédiatement payable et la sûreté constituée par la présente, exécutoire dans chacun des cas ci-après:

(i) si la société omet de payer à échéance le principal de la débenture;

(xix) si la société omet de payer à échéance toute somme due à Dunlop;

6.2 Si la sûreté constituée par la présente devient exécutoire et dans la mesure où elle demeure exécutoire, le détenteur de la présente débenture peut réaliser cette sûreté et faire valoir ses droits en prenant possession des lieux ou en exerçant un recours judiciaire . . .

6.3 Whenever the security hereby constituted shall have become enforceable and so long as it shall remain enforceable the holder of this Debenture may by instrument in writing appoint any person to be a receiver (which term shall include a receiver and manager) of the charged premises including any rents and profits thereof and may remove any receiver and appoint another in this stead, and such receiver so appointed shall have power to take possession of the property and assets charged and to carry on or concur in carrying on the business of the Company and to sell or concur in selling any of all of such property and assets . . . The holder of the Debenture in appointing or refraining from appointing such a receiver shall not incur any liability to the receiver, the Company or otherwise.

On the arrival of the aforementioned three persons on the premises on the morning of the 20th the representative of Dunlop presented to the Listers:

(a) a letter dated March 16, 1972 being a demand by Dunlop's solicitors directed to the Company for payment of the aforementioned \$127,160.84 subject to any increase necessary to reflect transactions after February 29, 1972 together with interest at the rate of 12 per cent per annum. The demand required payment "to our client forthwith". The letter concluded that in the event of failure to pay "we shall take such action as we deem advisable to protect our client's interest on the debenture".

(b) a letter dated March 16, 1972 from Dunlop's solicitors addressed to Mr. Lister announcing default by the Company and that the total sum of \$127,160.84 "is now due and payable by . . ." the Company. Demand is then made for payment "forthwith" by Mr. Lister and concluded:

Unless payment is received forthwith, we shall take such action as we deem advisable to protect our client's interest under the said guarantee.

(c) a formal notice by Dunlop to the Company and its directors under section 6 of the debenture as quoted above and further notifying the Company of the appointment of a receiver-manager under the debenture "to enter upon and take possession of the undertaking, property and assets of . . ." the Company

whereupon the receiver took possession and remained in possession. The receiver did not

6.3 Si la sûreté constituée par la présente devient exécutoire et dans la mesure où elle demeure exécutoire, le détenteur de la présente débenture peut nommer par écrit un séquestre (lequel terme comprend un administrateur séquestre) des immeubles nantis, y compris de tout loyer ou profit tirés de ceux-ci, il peut destituer tout séquestre et le remplacer par un autre, et le séquestre ainsi nommé a le droit de prendre possession des biens et de l'actif nantis, de poursuivre l'exploitation de la société ou d'approuver la poursuite de cette exploitation et de procéder à la vente ou de consentir à la vente de la totalité ou d'une partie desdits biens et actif . . . Le détenteur de la débenture n'encourt aucune responsabilité envers le séquestre, la société ou quiconque en nommant ou en s'abstenant de nommer un tel séquestre.

Lors de l'arrivée des trois personnes susmentionnées dans les locaux de la société, dans la matinée du 20, le représentant de Dunlop a présenté aux Listers:

a) une lettre en date du 16 mars 1972 dans laquelle les avocats de Dunlop exigent de la société le paiement de la somme susmentionnée de \$127,160.84, sous réserve de toute majoration nécessaire pour tenir compte des opérations ultérieures au 29 février 1972, avec intérêts selon un annuel taux de 12 p. 100. La demande exige de payer [TRADUCTION] «notre cliente immédiatement». La lettre se termine en précisant qu'en cas de défaut de paiement, [TRADUCTION] «nous prendrons les mesures que nous jugerons nécessaires pour protéger les droits de notre cliente en vertu de la débenture».

b) une lettre en date du 16 mars 1972 adressée à M. Lister par les avocats de Dunlop indiquant que la société est en défaut et que la somme totale de \$127,160.84 [TRADUCTION] «est maintenant payable par . . .» la société. Puis on enjoint à M. Lister de payer «immédiatement» et on conclut:

[TRADUCTION] A moins d'un paiement immédiat, nous prendrons toutes les mesures que nous jugerons nécessaires pour protéger les droits de notre cliente en vertu de ladite sûreté.

c) un avis formel de Dunlop à la société et à ses administrateurs conformément à l'article 6 précité de la débenture, dans lequel on avise la société de la nomination d'un administrateur séquestre en vertu de la débenture [TRADUCTION] «qui prendra possession de l'entreprise, des biens et de l'actif de . . .» la société

après quoi le séquestre a pris possession et est demeuré en possession des lieux. A aucun moment,

attempt at any time to carry on the business but simply proceeded to liquidate the assets of the Company. No accounting had been made by the receiver to the Company or the Listers at the date of trial.

That Dunlop was entitled to enforce its debenture by reason of the default of the Company under the promissory note and demand obligation secured by the debenture there is no doubt and no argument. The issue raised by the appellants in respect to the enforcement of the debenture is that Dunlop adopted a wrongful procedure in these enforcement proceedings in that no reasonable time was afforded the Company to pay up the moneys secured by the debenture. Both courts found that demand obligations of the type with which we are here concerned entitled the obligor to "[be] given a reasonable time to make payment of the amount due" *per* Weatherston J.A. in the Court of Appeal, and "a demand for payment must be reasonable and a reasonable time given to meet it" *per* Rutherford J. at trial. The learned trial judge found that "there was no intention of allowing the plaintiffs any reasonable time to make payment" and that "from the evidence before the Court as to the assets at the disposal of the plaintiffs, it is reasonable to presume that such funds could have been obtained in fairly short order". The majority of the Court of Appeal concluded that under the circumstances of the case "Dunlop was not required to give time to the Company to borrow money with which to pay up the indebtedness, unless time had been asked for, and it was not". In reaching this conclusion Weatherston J.A. observed:

So, by early March the situation facing Dunlop was that the Company was heavily in debt and insolvent; it was faced with future losses; no proposal had been made for reduction of the indebtedness to Dunlop and the principal officer of the Company had already said he would not invest more of his own money in the Company.

and concluded:

But it was the individual plaintiffs who had assets at their disposal, so it would have been necessary for them to borrow money, and in turn lend it to the Company.

le séquestre n'a tenté de poursuivre l'exploitation de l'entreprise, il a simplement procédé à la liquidation des biens de la société. A la date du procès, il n'avait rendu compte ni à la société ni aux  
<sup>a</sup> Lister.

Sans conteste, Dunlop avait le droit de réaliser sa débenture en raison du défaut de paiement de la société aux termes du billet à ordre et de l'obligation à demande que la débenture garantissait. La contestation des appelants quant à la réalisation de la débenture porte que Dunlop a procédé de manière erronée en n'accordant pas à la société un délai raisonnable pour payer les sommes garanties par la débenture. Les deux cours ont conclu que les obligations à demande du genre de celle dont il est question ici accordent au débiteur le droit de [TRADUCTION] «disposer d'un délai raisonnable pour effectuer le paiement de la somme due», selon le juge Weatherston de la Cour d'appel, et que [TRADUCTION] «une demande de paiement doit être raisonnable et un délai raisonnable doit être imparti pour y satisfaire», selon le juge Rutherford en première instance. Le savant juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «il n'y avait pas eu d'intention d'accorder aux demandeurs un délai raisonnable pour faire le paiement» et que [TRADUCTION] «d'après la preuve soumise à la cour quant aux biens disponibles des demandeurs, il est raisonnable de supposer que ces fonds auraient pu être réunis à assez brève échéance». La Cour d'appel a conclu, à la majorité, qu'en l'espèce, [TRADUCTION] «Dunlop n'était pas tenue d'accorder un délai afin de permettre à la société d'emprunter l'argent nécessaire pour payer la dette à moins d'en avoir reçu la demande, ce qui n'a pas été fait». En tirant cette conclusion, le juge Weatherston souligne:

[TRADUCTION] Donc au début de mars, Dunlop était en présence de la situation suivante: la société était lourdement endettée et insolvable; elle envisageait des pertes; aucune proposition n'avait été soumise en vue de réduire la somme due à Dunlop et l'administrateur principal de la société avait déjà affirmé qu'il ne placerait plus aucune somme personnelle dans la société.

et il termine:

[TRADUCTION] Mais ce sont chacun des demandeurs qui avaient des biens disponibles de sorte qu'il leur aurait fallu emprunter eux-mêmes l'argent et le prêter

The reasonableness of the demand must be judged according to the facts as they appeared at the time of the seizure. Here, Lister had already, in September 1971, told an official of Dunlop that he would not borrow money from the bank, and that if any further investing was to be done it should be done by Dunlop.

## 2. Seizure of Autopar Assets of Mr. Lister

At the time of seizure there were on the premises at the two locations of the Company, the Autopar assets which were owned by Mr. Lister personally. Furthermore the Autopar parts business was carried on by Mr. Lister independently of the business of the Company, albeit from the same premises, and indeed the accounts were maintained in the same set of books. Nevertheless it is clear that at the time of the seizure Mr. Lister informed Dunlop's representative that the Autopar assets were the personal property of Lister. The learned trial judge found:

But even if there were any real doubt on the defendant's part at the time of the seizure as to whether the parts belonged to Mr. Lister (and I find on the evidence that there was no such doubt), Mr. Lister's ownership thereof had to have become apparent to Dunlop and to Mr. Young [Dunlop's representative] at sometime shortly thereafter, and in any case prior to the execution of the agreement of May 31, 1972 [the settlement agreement].

...

The trial judge in referring to events after the seizure was probably referring to correspondence passing between the solicitors for Dunlop, Chrysler and the Company wherein by letter dated three days after the seizure Chrysler's solicitors stated that the Autopar assets were supplied by Chrysler to Mr. Lister personally. The solicitors for Dunlop in response to this information advised Chrysler's solicitors that no steps would be taken by the receiver in respect of Autopar assets until such time as he received an opinion from the solicitors for Dunlop as to the ownership of those parts. No such opinion was ever received.

Notwithstanding the knowledge of Dunlop that the Autopar assets had been improperly seized under the debenture, which of course was a grant of security only in respect of the assets of the

ensuite à la société. Le caractère raisonnable de la demande doit s'apprécier en fonction de la situation au moment de la saisie. En l'espèce, M. Lister avait déjà dit à un représentant de Dunlop, en septembre 1971, qu'il n'emprunterait aucune somme de la banque et que si d'autres placements se révélaient nécessaires, ils devraient être faits par Dunlop.

## 2. La saisie des biens d'Autopar appartenant à M. Lister

Au moment de la saisie, les biens d'Autopar appartenant à M. Lister personnellement se trouvaient dans les deux établissements de la société. De plus, M. Lister exploitait le commerce de pièces Autopar indépendamment de celui de la société, même si les deux entreprises occupaient les mêmes locaux, et, en fait, les comptes étaient tenus dans les mêmes livres. Néanmoins, il est clair qu'au moment de la saisie, M. Lister a informé le représentant de Dunlop que les biens d'Autopar lui appartenaient personnellement. Le savant juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] Mais même si la défenderesse avait vraiment douté, au moment de la saisie, que les pièces appartenaient à M. Lister (et je conclus, d'après la preuve, à l'absence de tels doutes), Dunlop et M. Young [le représentant de Dunlop] avaient dû nécessairement constater qu'elles étaient la propriété de M. Lister, peu après et, en tout état de cause, avant la signature du contrat du 31 mai 1972 [le compromis] . . .

En mentionnant les événements survenus après la saisie, le juge de première instance se réfère probablement à la correspondance échangée entre les avocats de Dunlop, de Chrysler et de la société, qui comporte une lettre adressée trois jours après la saisie, dans laquelle les avocats de Chrysler affirment que les biens d'Autopar ont été fournis par Chrysler à M. Lister personnellement. En réponse à cette lettre, les avocats de Dunlop ont avisé ceux de Chrysler que le séquestre ne prendrait aucune mesure à l'égard des biens d'Autopar avant d'avoir reçu l'avis des avocats de Dunlop concernant la propriété de ces pièces. Il n'a jamais reçu cet avis.

Même si Dunlop savait que les biens d'Autopar avaient été saisis irrégulièrement aux termes de la débeture qui, évidemment, avait été émise à titre de sûreté applicable aux biens de la société seule-

Company, the receiver remained in possession and declined to deliver the goods in question either to Chrysler or to Mr. Lister the owner. Under the Chrysler franchise agreement these parts could be returned by Mr. Lister for a full refund of the price which would have retired the indebtedness of Mr. Lister to Chrysler and would have forestalled the institution of the bankruptcy proceedings later taken by Chrysler.

On about April 12, Chrysler filed a petition in bankruptcy in the Supreme Court of Ontario against Mr. Lister by reason of its claim for indebtedness in the amount of \$82,927.36 for automotive parts and equipment sold to Mr. Lister. This petition was adjourned repeatedly from April 26 onwards until its ultimate withdrawal on June 9, 1972 pursuant to the settlement agreement.

In the course of these proceedings Mr. Lister swore an affidavit in paragraph 8 of which it was provided:

8. Dunlop Canada Limited has agreed to permit the said inventory to be returned to Chrysler Canada Ltd. provided my wife and I deliver to Dunlop Canada Limited collateral security by way of land mortgages on the three real properties above mentioned. My wife and I have both agreed to meet the demands of Dunlop Canada Limited and the petitioning creditor but my auditor has not been able to verify the amount owing to Dunlop Canada Limited and my wife and I are not therefore able to execute the collateral land mortgages until such verification is available.

It is also important to note that long after Chrysler had demanded the delivery to it of the Autopar assets the solicitors for Dunlop stated in evidence:

A. I said basically I had considered that our position was weak with retention of the parts at that time, yes.

In response to a further question:

Q. ... why didn't you ask or advise Mr. McAuley they should withdraw their bankruptcy proceeding and the parts could go back to Chrysler?

ment, le séquestre est demeuré en possession des marchandises en question et a refusé de les remettre à Chrysler ou à leur propriétaire M. Lister. En vertu du contrat de concession de Chrysler, M. Lister pouvait retourner ces pièces et obtenir le remboursement intégral de leur prix, ce qui aurait permis d'effacer la dette de M. Lister envers Chrysler et prévenu l'engagement ultérieur de procédures de faillite par Chrysler.

Vers le 12 avril, Chrysler a déposé une pétition en faillite à la Cour suprême de l'Ontario contre M. Lister en raison d'une réclamation de \$82,927.36 pour des pièces d'automobile et du matériel vendus à M. Lister. Cette pétition a été reportée à maintes reprises depuis le 26 avril jusqu'à son retrait définitif le 9 juin 1972 par suite du compromis.

Au cours de ces procédures, M. Lister a produit une déclaration faite sous serment dont le paragraphe 8 se lit ainsi:

[TRADUCTION]

8. Dunlop Canada Limited accepte que ledit stock soit retourné à Chrysler Canada Ltd. à la condition que mon épouse et moi-même consentions une garantie subsidiaire en faveur de Dunlop Canada Limited en hypothéquant les trois immeubles susmentionnés. Mon épouse et moi-même avons tous les deux accepté de satisfaire à ces exigences de Dunlop Canada Limited et du créancier pétitionnaire, mais mon comptable a été incapable de vérifier la somme due à Dunlop Canada Limited et mon épouse et moi-même ne sommes donc pas en mesure de signer les hypothèques immobilières offertes en garantie subsidiaire tant que cette vérification n'aura pas été effectuée.

Il est aussi important de souligner que longtemps après que Chrysler eut exigé la remise des biens d'Autopar, les avocats de Dunlop ont témoigné ce qui suit:

[TRADUCTION] R. Essentiellement, j'ai affirmé que j'avais considéré que notre situation quant à la rétention des pièces était précaire à l'époque, oui.

En réponse à une autre question:

[TRADUCTION] Q. ... pourquoi n'avez-vous pas demandé ou conseillé à M. McAuley d'abandonner la procédure de faillite de manière à pouvoir retourner les pièces à Chrysler?

A. Because we have the right to share in those parts as a creditor of Mr. Lister. We were a personal creditor of his as well.

While Dunlop realized the retention of the Autopar assets was "weak" nevertheless Dunlop insisted on the right to share in Mr. Lister's personal assets with Chrysler, presumably under the guaranty by Mr. Lister of the Company's debt. Of course any such alleged right would require judicial determination in appropriate proceedings against Mr. Lister. Eventually, on the settlement of all the claims between Dunlop and the Listers, the Autopar assets were delivered to Chrysler and Chrysler released all claims against Mr. Lister. It is not at all clear from the record why the Chrysler claims against Mr. Lister were woven into and made dependent upon the settlement of the Dunlop claims against the Company and the Listers.

The appellants asked that two conclusions be drawn from the seizure of these Autopar assets by Dunlop:

- (1) that the seizure was a wrongful conversion and trespass against the goods of Mr. Lister and that damages including exemplary damages should flow therefrom as awarded at trial; and
- (2) that the wrongful retention after wrongful seizure amounted to duress or coercion of the Listers by Dunlop which resulted in the execution of the settlement agreement of May 31, 1972, which agreement and the securities delivered thereunder should be set aside.

### 3. The Settlement Contract—May 31, 1972

When the receiver went into possession and took over all the assets of the Company at the premises in Guelph and Orangeville, and took over the Autopar assets of Mr. Lister as well, there was some discussion about the personal guaranties given to Dunlop by the Listers. The trial judge found that some assurance was given to Mr. Lister that these guaranties would not be enforced at least for the moment. Faced with a complete cessation of the Company's business, the seizure of all

R. ... Parce que nous avons droit à une part de ces pièces en tant que créancier de M. Lister. Nous étions aussi l'un de ses créanciers personnels.

Même si Dunlop se rendait compte que la rétention des biens d'Autopar était «précaire», elle n'en a pas moins insisté sur le droit de partager avec Chrysler les biens personnels de M. Lister, probablement en vertu du cautionnement par M. Lister de la dette de la société. Il va de soi que ce prétendu droit devrait être établi par une décision judiciaire dans une procédure appropriée contre M. Lister. Finalement, par suite du règlement de toutes les réclamations entre Dunlop et les Listers, les biens d'Autopar furent remis à Chrysler qui a renoncé à toutes réclamations contre M. Lister. Le dossier n'indique pas clairement pourquoi les réclamations de Chrysler contre M. Lister ont été liées et subordonnées au règlement de celles de Dunlop contre la société et les Listers.

Les appelants ont demandé que l'on tire deux conclusions de la saisie par Dunlop des biens d'Autopar:

- (1) que la saisie constitue une appropriation illégitime et une atteinte à la possession des biens de M. Lister et qu'en conséquence, les dommages-intérêts accordés en première instance, dont des dommages-intérêts exemplaires, devraient être maintenus; et
- (2) que la rétention illégitime qui a suivi la saisie illégitime équivaut à une contrainte ou à une coercition exercée par Dunlop sur les Listers, qui a donné lieu à la signature du compromis du 31 mai 1972, et que ce compromis et les sûretés consenties en vertu de celui-ci doivent être annulés.

### 3. Le compromis du 31 mai 1972

Au moment où le séquestre a pris possession de la totalité de l'actif de la société dans les locaux de Guelph et d'Orangeville, de même que des biens d'Autopar appartenant à M. Lister, il a été question des cautionnements personnels consentis à Dunlop par les Listers. Le juge de première instance a conclu que les Listers avaient reçu une certaine assurance que l'on ne se prévaudrait pas de ces cautionnements pour l'instant du moins. Confrontés à la cessation complète des activités de

its assets by Dunlop, the seizure by Dunlop of the Autopar assets of Mr. Lister, the termination of the lease to the Guelph store by Dunlop the owner, the pending petition by Chrysler under the *Bankruptcy Act* against Mr. Lister personally, and the notice by Dunlop to Mr. Lister requiring payment by him on his guaranty of the Company debt, and a similar notice to Mrs. Lister on April 14, 1972 calling upon her for the performance of her personal guaranty, the Listers negotiated a settlement of all these matters embracing not only the Dunlop but the Chrysler claims. The agreement was said to have been reached in mid-April but was reduced to writing on May 31, 1972 and executed on June 9, 1972. The Company of course was then without assets and does not appear as a party to the agreement. The parties were Dunlop, Chrysler and the Listers personally. It is this agreement which the Listers must set aside to succeed against Dunlop in respect to the mortgages granted by themselves thereunder. In order to escape the personal guaranties it is also necessary to void the settlement agreement as well as to circumvent the provisions of paragraph 4(11) of the franchise agreement of 1970, if it applies to the Listers personally.

After reciting the history of the indebtedness of the Company to Dunlop and its default on repayment, and the guaranty of the Company's obligations to Dunlop by the Listers, and the demand by Dunlop for the performance of those guaranties by the Listers, the agreement recites that the Listers requested Dunlop and Chrysler to enter into the settlement agreement rather than pursue their respective rights under the personal guaranties and under the *Bankruptcy Act*. The agreement then provided for:

- (1) an acknowledgement by Mr. and Mrs. Lister of the indebtedness of the Company to Dunlop and by Mr. Lister of his personal indebtedness to Chrysler;
- (2) the granting of three mortgages by the Listers on real estate owned by them personally, to Dunlop to secure the personal guaranties of

la société, à la saisie de tout son actif par Dunlop, à la saisie par Dunlop des biens d'Autopar appartenant à M. Lister, à la résiliation du bail du magasin de Guelph par Dunlop, la propriétaire, à la pétition déposée par Chrysler contre M. Lister personnellement en vertu de la *Loi sur la faillite*, à l'avis de Dunlop à M. Lister exigeant le paiement par ce dernier en vertu de son cautionnement de la dette de la société et à un avis semblable adressé à M<sup>me</sup> Lister le 14 avril 1972, la requérant d'honorer son cautionnement personnel, les Listers ont négocié un compromis visant toutes ces questions et applicable à la fois aux réclamations de Dunlop et à celles de Chrysler. On a affirmé qu'on en est arrivé à ce compromis vers la mi-avril, mais que ce dernier n'a été rédigé que le 31 mai 1972 et signé le 9 juin 1972. La société n'avait plus d'actif à cette époque et n'a donc pas été partie au compromis. Les parties sont Dunlop, Chrysler et les Lister à titre personnel. C'est ce compromis que les Lister doivent faire annuler s'ils veulent avoir gain de cause contre Dunlop quant aux hypothèques qu'ils ont consenties en vertu de celui-ci. Pour se soustraire aux cautionnements personnels, il est également nécessaire d'obtenir l'annulation du compromis et de contourner les dispositions du paragraphe 4(11) du contrat de concession de 1970, dans la mesure où il s'applique aux Lister personnellement.

Après avoir fait l'historique de la dette contractée par la société avec Dunlop et de son omission de rembourser, des cautionnements des obligations de la société consentis à Dunlop par les Lister et de la demande de Dunlop aux Lister d'honorer ces cautionnements, le compromis précise que les Lister ont demandé à Dunlop et à Chrysler d'être parties au compromis plutôt que de faire valoir leurs droits respectifs en vertu des cautionnements personnels et de la *Loi sur la faillite*. Le compromis prescrit ensuite:

- (1) la reconnaissance par M. et M<sup>me</sup> Lister de la dette contractée par la société avec Dunlop et la reconnaissance par M. Lister de sa dette personnelle envers Chrysler;
- (2) l'attribution à Dunlop par les Lister de trois hypothèques sur des immeubles qu'ils possèdent personnellement, afin de garantir les



the Listers to pay the net indebtedness of the Company to Dunlop;

- (3) Dunlop agreed not to enforce the personal guaranties of the Listers so long as these mortgages were not in default; <sup>a</sup>
- (4) Dunlop and Mr. Lister agreed to the immediate delivery of the Autopar assets to Chrysler who agreed to accept them as payment in full of Mr. Lister's debt to Chrysler. <sup>b</sup>

cautionnements personnels consentis par les Lister au titre du paiement du montant net dû à Dunlop par la société;

- (3) l'engagement de Dunlop de ne pas se prévaloir des cautionnements personnels consentis par les Lister aussi longtemps que ces hypothèques ne seront pas en souffrance;
- (4) la convention entre Dunlop et M. Lister visant la remise immédiate des biens d'Autopar à Chrysler qui les accepte en paiement total du montant dû à Chrysler par M. Lister.

By a further provision Mrs. Lister was required to provide a certificate of independent legal advice with respect to her signature of the mortgages to be given by the Listers to Dunlop under the settlement agreement. This was completed by a solicitor practising in Guelph (not the same solicitor who delivered the certificate with reference to the personal guaranties of the Listers under the franchise agreement in 1970) and was delivered on final execution of the settlement agreement. The most surprising term of the agreement is found in paragraph 5 thereof: <sup>c</sup>

5. Subject to prior compliance by RONALD and JOAN with paragraph three of this agreement, DUNLOP and CHRYSLER agree not to oppose the application for a dismissal of the Petition for a Receiving Order filed by CHRYSLER against RONALD. <sup>f</sup>

On June 9, Chrysler obtained leave of the court to withdraw the petition in bankruptcy against Mr. Lister. Nowhere in the record is there any explanation of the joining together of the Chrysler claims against Mr. Lister with those of Dunlop against the Company. This apparently innocent combination of action is all the more unusual when one considers that Dunlop and Chrysler took diametrically opposed views after the seizure of the contents of the Company's stores as to the ownership of the Autopar assets. While Dunlop did undertake not to dispose of them until its solicitors had come to a decision as to the true ownership of these assets, nevertheless Dunlop never did instruct the receiver to release them to Chrysler so as to pay off the indebtedness which was the subject of the bankruptcy petition. The result of making the Chrysler settlement concerning the Autopar assets <sup>j</sup>

En vertu d'une autre disposition, M<sup>me</sup> Lister est tenue de fournir un document attestant qu'elle a consulté un conseiller juridique neutre au sujet de sa signature des hypothèques que les Lister doivent consentir à Dunlop en vertu du compromis. L'attestation a été fournie par un avocat de Guelph (différent de celui qui avait fourni l'attestation relative aux cautionnements personnels consentis par les Lister en vertu du contrat de concession de 1970) et elle a été produite lors de la signature du compromis. La condition la plus surprenante du compromis se trouve au paragraphe 5: <sup>d</sup>

[TRANSDUCTION] 5. A la condition que RONALD et JOAN se conforment préalablement au paragraphe 3 des présentes, DUNLOP et CHRYSLER acceptent de ne pas s'opposer à la demande de rejet de la pétition en vue d'une ordonnance de séquestre, déposée par CHRYSLER contre RONALD. <sup>e</sup>

Le 9 juin, Chrysler a obtenu la permission de la cour de retirer la pétition en faillite contre M. Lister. Nulle part dans le dossier, on n'explique pourquoi les réclamations de Chrysler contre M. Lister ont été jointes à celles de Dunlop contre la société. Cette réunion d'actions apparemment inoffensive est d'autant plus étonnante si l'on considère que Dunlop et Chrysler ont adopté des points de vue diamétralement opposés au sujet de la propriété des biens d'Autopar après la saisie du contenu des magasins de la société. Même si elle s'était engagée à ne pas les aliéner avant que ses avocats aient pris une décision concernant la propriété légitime de ces biens, néanmoins Dunlop n'a jamais enjoint au séquestre de les rendre à Chrysler en paiement de la dette visée par la pétition en faillite. Le compromis réalisé avec Chrysler quant aux biens d'Autopar appartenant à M. Lister a eu

of Mr. Lister was, of course, to increase the pressure on Mr. Lister personally to settle the Dunlop claims. There is no finding or even a suggestion that the two creditors had conspired to bring about this result but in fact the Lister family difficulties were considerably increased by this procedure.

The trial judge scrutinized the settlement agreement and the events preliminary thereto and concluded that the Listers entered into the settlement agreement "when their bargaining power was grievously impaired", using the terminology of the judgment in *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757, on which he relied. However, by reason of the fact that the Listers had independent legal advice throughout the franchise transaction and later during the settlement negotiations, including additional independent legal advice with respect to Mrs. Lister's position at both stages of this entire matter, the trial judge concluded:

... with some reluctance, that the presumption that the agreement and mortgages in question were not freely consented to by the Listers has been rebutted . . . And in the circumstances of this case, I would find that notwithstanding the pressure upon the Listers, they were able to make an independent and informed judgment in the light of the advice they received. Indeed, in the case of Mr. Lister, given his experience with commercial matters, such a finding might well have been justified even in the absence of independent advice.

The Court thereupon declined to void the settlement agreement and the mortgages. The majority of the Court of Appeal, speaking through Weatherston J.A., concluded, "There is no reason to interfere with this finding of fact."

#### 4. Alleged Misrepresentation by Dunlop to Listers with reference to 1970 Franchise Agreement and Associated Personal Guaranties of Listers

The Listers contend that they are entitled to have their personal guaranties set aside because of alleged misrepresentations by Dunlop prior to the 1970 transactions. Rutherford J., without expressly making a finding of misrepresentation, appears to have been prepared to do so but found that

pour effet, cela va de soi, de presser davantage M. Lister à régler les réclamations de Dunlop. On n'a pas conclu, ni même insinué, que les deux créanciers s'étaient entendus pour parvenir à ce résultat mais, en réalité, cette façon de procéder a contribué à accroître considérablement les difficultés de la famille Lister.

Le juge de première instance a analysé en détail le compromis et les événements qui l'ont précédé et il a conclu que les Lister ont signé ce compromis [TRADUCTION] «alors que leur pouvoir de négociation était gravement affaibli», reprenant ainsi les termes de l'arrêt *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1974] 3 All E.R. 757, sur lequel il s'appuyait. Cependant, parce que les Lister avaient eu recours aux services d'un conseiller juridique neutre tout au long des négociations relatives à la concession et plus tard durant celles relatives au compromis, et notamment à une consultation supplémentaire d'un conseiller juridique neutre quant à la situation de M<sup>me</sup> Lister aux deux étapes de l'affaire, le juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] . . . avec certaines réticences, que la présomption selon laquelle le compromis et les hypothèques en question n'ont pas été consentis librement par les Lister a été repoussée . . . En l'espèce, je suis d'avis que, malgré les pressions exercées sur les Lister, ils étaient en mesure de se former une opinion libre et éclairée à partir des avis reçus. En réalité, pour ce qui est de M. Lister, vu son expérience du commerce, on pourrait fort bien tirer la même conclusion même en l'absence de consultation d'une personne neutre.

Sur ce, la cour a refusé d'annuler le compromis et les hypothèques. La Cour d'appel a conclu, à la majorité, par l'intermédiaire du juge Weatherston: [TRADUCTION] «Il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion de fait.»

#### 4. Les prétendues déclarations inexactes faites par Dunlop aux Lister concernant le contrat de concession de 1970 et les cautionnements personnels connexes des Lister

Les Lister soutiennent qu'ils ont droit à l'annulation des cautionnements personnels qu'ils ont consentis à cause des déclarations inexactes que Dunlop aurait faites avant les opérations de 1970. Sans conclure expressément à l'existence de déclarations inexactes, le juge Rutherford semble avoir

Dunlop's liability would be excluded in any case by paragraph 4(11) of the franchise agreement which provides as follows:

Dunlop and the Dealer agree that, except as herein expressly stated, no representation, statement, understanding or agreement has been made or exists, either oral or in writing, and that in entering into this Agreement the Dealer has not relied upon any presumption of fact or of law which in any way affects this Agreement, or any provision of the consideration for, or the validity of, this Agreement, or which relates to the subject matter hereof or which imposes any liability upon Dunlop in connection with this Agreement.

The trial judge appears to have dealt with all claims springing from the 1970 transactions, including the personal guaranties, on the same basis as the dismissal of the Company's claims under the 1970 agreement, namely that paragraph 4(11) of the agreement forecloses any claim of misrepresentation. The Listers' guaranties are not mentioned in the agreement nor does the guaranty mention the agreement.

There was no direct discussion of any plea to set aside the guaranty of the Listers on the basis that it was obtained by misrepresentation made by Dunlop to the Listers. The contract paragraph 4(11) for example is cited as "being fatal to the plaintiffs' claim for damages for negligent misrepresentation". The conclusion is later stated more broadly when the trial judge, dealing with paragraph 4(11), states that such clause

... acts as an effective bar, in the circumstances of this case, to recovery on the basis of any pre-contractual representation other than one made fraudulently.

In the Court of Appeal the distinction between the Listers and the Company was drawn but the majority found that the Listers were bound by the above-quoted paragraph of the 1970 agreement because they were aware of it when they delivered their guaranties. In dissent Madam Justice Wilson concluded otherwise.

été disposé à le faire, mais il a conclu que, de toute façon, le paragraphe 4(11) du contrat de concession écartait la responsabilité de Dunlop. Voici le texte de ce paragraphe:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Dunlop et le concessionnaire conviennent que, à moins d'une disposition expresse contenue aux présentes, il n'y a pas eu et il n'existe pas de représentation, déclaration, affirmation, engagement ou entente, de vive voix ou par écrit, et qu'en concluant le <sup>b</sup> présent contrat, le concessionnaire ne s'est appuyé sur aucune présomption de fait ou de droit qui puisse de quelque façon porter atteinte à ce contrat, à sa validité ou à toute disposition en matière de contrepartie, ou qui a trait à son objet ou impose une responsabilité quelconque à Dunlop relativement au présent contrat. <sup>c</sup>

Le juge de première instance semble avoir statué sur toutes les réclamations issues des opérations de 1970, y compris les cautionnements personnels, en se fondant sur le même motif pour lequel il a rejeté <sup>d</sup> les demandes de la société en vertu du contrat de 1970, savoir le paragraphe 4(11) du contrat qui exclut toute réclamation en raison de déclarations inexactes. Les cautionnements des Lister ne sont <sup>e</sup> pas mentionnés dans le contrat et les cautionnements ne font pas état du contrat.

Il n'y a pas eu de débat portant directement sur <sup>f</sup> une demande d'annulation du cautionnement consenti par les Lister pour le motif qu'il aurait été obtenu par suite de déclarations inexactes de la part de Dunlop. Par exemple, le paragraphe 4(11) du contrat est cité comme [TRADUCTION] «entraînant le rejet définitif de la demande de dommages-intérêts pour déclarations inexactes faites par <sup>g</sup> négligence». Le juge de première instance énonce plus loin cette conclusion en termes plus généraux lorsqu'il affirme que le paragraphe 4(11)

<sup>h</sup> [TRADUCTION] ... constitue vraiment, en l'espèce, une fin de non-recevoir au recouvrement fondé sur des déclarations antérieures au contrat, à moins qu'il ne s'agisse de déclarations frauduleuses.

<sup>i</sup> La Cour d'appel a établi une distinction entre les Lister et la société, mais elle a conclu, à la majorité, que les Lister étaient liés par le paragraphe précité du contrat de 1970 parce qu'ils en connaissaient la substance quand ils ont consenti leurs <sup>j</sup> cautionnements. En dissidence, M<sup>me</sup> le juge Wilson a conclu dans le sens contraire.

Whether the personal guaranties should be set aside is not necessary to be decided if the 1972 settlement agreement can be enforced notwithstanding the alleged invalidity of the guaranties. The settlement agreement recites in part:

AND WHEREAS RONALD and JOAN have requested DUNLOP to enter into this agreement, rather than pursue its rights under their personal guarantee to DUNLOP of the indebtedness of Ronald Elwyn Lister Limited and its rights as an unsecured creditor of RONALD under the provisions of the Bankruptcy Act.

By several provisions in the Agreement the Listers acknowledge and agree that the Company is indebted to Dunlop in the specific amounts therein set forth and that the Listers will grant mortgages to secure the net amount of this indebtedness after the assets of the Company "have been realized". The provisions for the final payments under the mortgage are somewhat confusing but not here in issue. In the result the agreement seems to provide for a discharge of the mortgages when the net debt owing by the Company to Dunlop has been paid in full by the Listers together with interest as stipulated, whatever that may be. The operative sentence appears to be that found at the end of paragraph 4 which states:

RONALD and JOAN will be entitled to discharges of their mortgages when the lesser of the balance of the principal and interest owing pursuant to the said mortgages or the indebtedness of Ronald Elwyn Lister Limited and RONALD and JOAN to DUNLOP has been paid.

In return, Dunlop agrees elsewhere in the agreement not to take proceedings to enforce the guaranties of the Listers as long as the mortgages are not in default.

The agreement provides, without any explanation, that the Company indebtedness (and again it is noted the Company is not a party to the contract) to Dunlop "will become due and payable" to Dunlop on June 1, 1974. No reservation of any kind is asserted by the Listers in this 1972 agreement from the acknowledgment of responsibility for the Company's debt to Dunlop. I find no reason in fact and none has been advanced in law

Il n'est pas nécessaire de décider s'il faut annuler les cautionnements personnels si le compromis de 1972 peut être appliqué nonobstant la prétendue invalidité de ces cautionnements. Le compromis stipule notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] ET ATTENDU QUE RONALD et JOAN ont demandé à DUNLOP de signer le présent compromis plutôt que de faire valoir ses droits en vertu du cautionnement personnel qu'ils ont consenti à DUNLOP relativement à la dette de Ronald Elwyn Lister Limited et ses droits à titre de créancier non garanti de RONALD en vertu des dispositions de la *Loi sur la faillite*.

A plusieurs endroits dans le compromis, les Lister admettent et reconnaissent que la société doit à Dunlop les sommes précises qui y sont inscrites et qu'ils consentiront des hypothèques pour garantir le montant net de cette dette après que les biens de la société [TRADUCTION] «auront été liquidés». Les dispositions relatives au paiement définitif aux termes de l'hypothèque sont assez ambiguës mais elles ne sont pas en cause ici. En définitive, le compromis semble prévoir la mainlevée des hypothèques dès que les Lister auront complètement remboursé la somme nette due à Dunlop par la société, ainsi que les intérêts stipulés, quel qu'en soit le montant. La phrase-clé semble se trouver à la fin du paragraphe 4 qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] RONALD et JOAN auront droit à la mainlevée de leurs hypothèques après avoir remboursé le moindre du solde du principal et des intérêts dus en vertu desdites hypothèques ou du montant dû à DUNLOP par Ronald Elwyn Lister Limited, RONALD et JOAN.

En contrepartie, Dunlop s'engage, ailleurs dans le compromis, à ne pas se prévaloir des cautionnements consentis par les Lister aussi longtemps que les hypothèques ne seront pas en souffrance.

Le compromis prescrit, sans aucune explication, que la dette de la société (et je souligne de nouveau que la société n'est pas partie au contrat) envers Dunlop «deviendra payable» à Dunlop le 1<sup>er</sup> juin 1974. Dans ce compromis de 1972, les Lister n'expriment aucune réserve à l'acceptation de la responsabilité de la dette contractée par la société avec Dunlop. Je ne vois aucun motif sur le plan des faits, et aucun motif n'a été soumis sur le

for any construction of the settlement agreement other than giving it its plain meaning, namely that the Listers undertook on this new basis to pay in 1974 the indebtedness of the Company to Dunlop.

Even if the claims as they arose in the Listers survived paragraph 4(11) of the franchise agreement they were, to the extent the Listers are made liable under the settlement agreement, embraced in the acknowledgment of liability therein as guarantors of the Company's indebtedness. By the strongest possible inference, paragraph 6 of the settlement agreement evidences the understanding by the Listers that at the time of the settlement agreement the personal guaranties remained outstanding. Paragraph 6 provides:

6. DUNLOP agrees not to take proceedings to enforce the guarantees of RONALD and JOAN of the indebtedness of Ronald Elwyn Lister Limited to DUNLOP as long as the said mortgages are not in default.

There is no qualification in the settlement agreement of this recognition of liability in the Listers both under the personal guaranties and under the mortgages.

In the result the settlement agreement is the crux and climax of these successive transactions and the relationship which arose between the plaintiffs/appellants and Dunlop. If that agreement can stand independently of the alleged invalidity of the personal guaranties, the setting aside of the guaranties need not be considered.

#### 5. Consideration for the 1972 Settlement Agreement

This agreement in law was produced by the parties jointly for the purpose of composing their recited differences. The consideration moving to the Listers was the response by Dunlop to the request for time to realize on their assets in an orderly fashion so as to reduce the debt to Dunlop. Dunlop benefitted from the receipt of mortgages to secure the performance of the Listers of their previously unsecured undertaking. The adequacy of consideration supporting a contract has not been the subject of court scrutiny for several centuries: *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, 10th ed.,

plan du droit, qui permettrait d'interpréter le compromis autrement qu'en lui donnant son sens clair, savoir que les Lister se sont engagés, aux termes de cette nouvelle entente, à payer en 1974 le montant dû à Dunlop par la société.

Même si les réclamations des Lister subsistaient malgré le paragraphe 4(11) du contrat de concession, elles étaient, dans la mesure où les Lister sont liés par le compromis, assujetties à l'acceptation de responsabilité qu'il y font à titre de cautions de la dette de la société. On suppose fortement que le paragraphe 6 du compromis témoigne de la reconnaissance par les Lister qu'à la date du compromis les cautionnements personnels étaient encore impayés. Le paragraphe 6 se lit comme suit:

[TRADUCTION] 6. DUNLOP s'engage à ne pas se prévaloir des cautionnements consentis par RONALD et JOAN à l'égard du montant dû à DUNLOP par Ronald Elwyn Lister Limited aussi longtemps que lesdites hypothèques ne seront pas en souffrance.

Le compromis ne comporte aucune réserve applicable à cette acceptation de responsabilité par les Lister tant aux termes des cautionnements personnels qu'aux termes des hypothèques.

En définitive, le compromis est le noeud et l'aboutissement de ces opérations successives et des rapports entre les demandeurs appelants et Dunlop. Si ce compromis demeure valide malgré la prétendue invalidité des cautionnements personnels, il n'est pas nécessaire d'examiner la demande d'annulation de ces cautionnements.

#### 5. La contrepartie pour le compromis de 1972

Sur le plan juridique, les parties ont dressé ensemble ce compromis dans le but de régler les différends qui y sont énoncés. La contrepartie accordée aux Lister est la réponse de Dunlop à leur demande de délai en vue de liquider systématiquement leur actif de manière à réduire le montant dû à Dunlop. Dunlop bénéficie des hypothèques consenties pour garantir l'exécution par les Lister de leur engagement qui jusque-là n'était assorti d'aucune garantie. Le caractère suffisant de la contrepartie sur laquelle repose un contrat n'a pas fait l'objet d'un examen judiciaire depuis

at p. 70. The comments of the learned authors of *Chitty on Contracts*, 24th ed., at pp. 82-83 are directly on point:

But if the validity of the claim is doubtful, forbearance to enforce it can be good consideration. And the same rule applies even if the claim is clearly invalid in law, so long as it was in good faith and reasonably believed to be valid by the party forbearing.

The old authority of *Callisher v. Bischoffsheim* (1870), L.R. 5 Q.B. 449, is cited in support. Bowen L.J. may be seen to the same effect in *Miles v. New Zealand Alford Estate Company* (1886), 32 Ch.D. 266, at p. 291:

It seems to me that if an intending litigant *bonâ fide* forbears a right to litigate a question of law or fact which is not vexatious or frivolous to litigate, he does give up something of value. It is a mistake to suppose it is not an advantage, which a suitor is capable of appreciating, to be able to litigate his claim, even if he turns out to be wrong.

Even if this principle were not to be found embedded in the basic concepts of the law of contracts, where would the equities lie here? In *Magee v. Pennine Insurance Co. Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 507 (C.A.), a case of common mistake in the absence of fraud, the parties entered into a compromise agreement in settlement of an insurance claim which both parties, under common fundamental mistake, believed was enforceable. The majority of that court of appeal found in all the equities that the settlement contract could not stand after the discovery by the parties of the falsity of the application for insurance on which the alleged settlement contract arose. Lord Denning, Master of the Rolls, for the majority concluded at p. 515:

... but I cannot shut my eyes to the fact that Mr. Magee had no valid claim on the insurance policy: and, if he had no claim on the policy, it is not equitable that he should have a good claim on the agreement to pay £385, seeing that it was made under a fundamental mistake. It is not fair to hold the insurance company to an agreement which they would not have dreamt of

plusieurs siècles: *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, 10<sup>e</sup> éd., à la p. 70. Les observations des savants auteurs de *Chitty on Contracts*, 24<sup>e</sup> éd., aux pp. 82 et 83, sont très justes:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Mais si la validité de la réclamation est incertaine, l'abstention de la faire valoir peut être une contrepartie valable. La même règle s'applique même si la réclamation est clairement invalide sur le plan juridique, pourvu qu'elle ait été faite de bonne foi et que la partie qui s'abstient ait raisonnablement cru qu'elle était valide.

Le vieil arrêt *Callisher v. Bischoffsheim* (1870), L.R. 5 Q.B. 449, est cité à l'appui. On peut considérer que le lord juge Bowen abonde dans le même sens dans l'arrêt *Miles v. New Zealand Alford Estate Company* (1886), 32 Ch.D. 266, à la p. 291:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Il me semble que si un plaideur éventuel s'abstient de bonne foi d'exercer son droit de plaider une question de droit ou de fait qui n'est ni vexatoire ni futile, il renonce à quelque chose qui a une valeur. Il est erroné de supposer que ce n'est pas un avantage, qu'un requérant peut apprécier, d'être en mesure de soumettre sa réclamation aux tribunaux, même s'il s'avère qu'il a tort.

<sup>f</sup> Même si ce principe ne se trouvait pas enchâssé dans les notions fondamentales du droit des contrats, quelle serait la solution en *equity*? Dans l'arrêt *Magee v. Pennine Insurance Co. Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 507 (C.A.), où il est question d'une erreur commune en l'absence de toute fraude, les parties ont signé un compromis en règlement d'une réclamation d'assurance que les deux parties, en raison d'une erreur commune sur un point essentiel, croyaient exécutoire. La Cour d'appel a statué à la majorité que selon l'*equity* le compromis ne pouvait demeurer valide après la découverte par les parties de la fausseté de la demande d'assurance sur laquelle reposait le prétendu compromis. Lord Denning, maître des rôles, conclut au nom de la majorité, à la p. 515:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] ... mais je ne puis ignorer le fait que M. Magee n'avait pas de réclamation valide aux termes de la police d'assurance: et s'il n'avait pas de réclamation aux termes de la police, il n'est pas équitable qu'il puisse avoir une réclamation valide en vertu de l'engagement de payer la somme de £385, vu que cet engagement résulte d'une erreur sur un point essentiel. Il n'est

making if they had not been under a mistake.

Here the equities run in the other direction. The Listers, it will be remembered, negotiated a franchise agreement, incorporated a Company to take the agreement, and then guaranteed that Company's account with Dunlop. The venture foundered. The parties eventually composed their differences in a settlement contract in 1972. At every stage of both agreements in 1970 and 1972 both parties proceeded with the assistance of legal advice, including independent legal advice for Mrs. Lister in connection with the guaranties and the mortgages. The settlement agreement recites the Listers' request that Dunlop join the agreement rather than pursue its remedies against them. Reference is also made of the need to dispose of the proceedings under the *Bankruptcy Act* concerning Mr. Lister. The agreement was executed and performed by June 9. The bankruptcy proceedings were terminated, and the securities were delivered by the Listers to Dunlop as the agreement required. In short, the agreement was fully executed by the parties. No reservation of right was effected in the agreement by the Listers to allow them to attack on other grounds the validity of the Company note or their personal guaranties of 1970 or their mortgages of 1972. The Listers achieved their obvious goal of gaining time to pay off the Company debt to Dunlop without the necessity of selling the mortgaged assets or other property on a forced sale basis. In all the circumstances it would be inequitable for the law now to allow them to disown the agreement that they solicited and entered into on full knowledge of all the facts and supported by legal counsel throughout.

It would be contrary to the basic principles of equity to allow the guarantors to request and to obtain from Dunlop a postponement of liability under the guaranty in the form of the 1972 agreement and thereafter to assert, allegedly by reason of circumstances known by the Listers at the time of the 1972 agreement, that the guaranties had never been enforceable at law; or alternatively, if originally enforceable were rendered unenforce-

pas juste de lier la compagnie d'assurances à un engagement qu'elle n'aurait jamais eu l'idée de souscrire si elle n'avait pas commis une erreur.

Ici l'*equity* va dans l'autre sens. Les Lister ont, faut-il le rappeler, négocié un contrat de concession, constitué juridiquement une société pour exécuter ce contrat et ensuite cautionné la dette contractée par cette société avec Dunlop. Le commerce s'est effondré. Les parties ont finalement réglé leurs différends par un compromis en 1972. Lors du contrat de 1970 et du compromis de 1972, les deux parties ont bénéficié des services de conseillers juridiques et notamment de ceux d'un conseiller juridique neutre dans le cas de M<sup>me</sup> Lister, quant aux cautionnements et aux hypothèques. Le compromis précise que les Lister demandent à Dunlop d'adhérer à ce compromis plutôt que d'exercer ses recours contre eux. On y mentionne aussi la nécessité de régler les procédures entamées contre M. Lister en vertu de la *Loi sur la faillite*. Le compromis a été signé et mis à exécution dès le 9 juin. Les procédures de faillite ont été arrêtées et les Lister ont consenti les sûretés à Dunlop conformément au compromis. En bref, les parties ont fidèlement respecté le compromis. Les Lister ne se sont pas réservés, dans le compromis, le droit de contester, pour d'autres motifs, la validité du billet de la société, leurs cautionnements personnels de 1970 ou leurs hypothèques de 1972. Les Lister ont atteint leur objectif évident, soit l'obtention d'un délai permettant de rembourser le montant dû par la société à Dunlop sans être forcés de vendre les biens hypothéqués ou d'autres biens. En tout état de cause, il ne serait pas juste que la loi leur permette de répudier le compromis qu'ils ont demandé et signé en parfaite connaissance de cause et après avoir bénéficié de l'avis de conseillers juridiques à toutes les étapes.

Il serait contraire aux principes fondamentaux de l'*equity* de permettre aux cautions de demander et d'obtenir de Dunlop un sursis, quant à leur responsabilité aux termes du cautionnement, qui prendrait la forme du compromis de 1972, et d'affirmer par la suite, présumément à cause d'une situation connue des Lister au moment du compromis de 1972, que les cautionnements n'ont jamais été exécutoires en droit ou encore, à supposer

able by reason of Dunlop's misrepresentations, a circumstance known to the Listers in their allegations long before the time of the execution of the 1972 agreement.

Where parties experienced in business have entered into a commercial transaction and then set out to crystallize their respective rights and obligations in written contract drawn up by their respective solicitors, it is very difficult to find or to expect to find a legal principle in the law of contract which will vitiate the resultant contracts. Certainly where the parties have capacity in law to enter into the contract, where the terms of the contract are clear and unambiguous, where there is valid consideration passing between the parties, and where there is no evidence of oppression or operative misrepresentation, the law recognizes no principle which fails to enforce the validity of such a contract. No doubt the law of contract in this connection reflects the needs for certainty in commerce. This is particularly true where, as here, the two contracts, at the time of commencement of action, are not executory but have been acted upon and performed by the parties. Where, as here, the persons engaged in the commerce at hand were fully and continuously in contact with their legal advisors, there is neither need nor warrant for the intervention of the courts to remake or set aside these contracts.

In the end, therefore, the outcome does not turn on the narrow fact that the Listers, not being parties to the franchise agreement, are not bound by its exclusionary terms relating to representations outside the agreement. Nor does the outcome turn on the collateral issue (in the sense it could not be and was not litigated in these proceedings) of the validity of the 1970 guaranty. Dunlop had its right in law to proceed against the Listers but forbore from doing so. The Listers, by their entry into a performance of the settlement agreement, are foreclosed from the remedies now sought to be enforced by them.

qu'ils l'étaient à l'origine, qu'ils sont devenus non exécutoires par suite des déclarations inexactes de Dunlop, situation dont les Lister, suivant leurs allégations, étaient conscients bien avant la signature du compromis de 1972.

Lorsque des parties expérimentées en affaires ont conclu une opération commerciale et qu'elles ont ensuite entrepris de cristalliser leurs droits et obligations respectifs dans un contrat rédigé par leurs avocats respectifs, il est très difficile de trouver ou d'espérer trouver dans le droit des contrats un principe juridique qui rend nulles les conventions qui en découlent. Certes, lorsque les parties ont la capacité juridique de contracter, lorsque les modalités du contrat sont claires et précises, lorsqu'il y a eu contrepartie valable entre les parties, en l'absence de preuve d'abus d'autorité ou de déclarations inexactes, le droit ne reconnaît aucun principe qui permet d'annuler un tel contrat. Il n'y a pas de doute que le droit des contrats, sur ce point, reflète le besoin de certitude en matière commerciale. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme ici, au moment d'intenter l'action, les deux contrats n'étaient pas des contrats à exécuter mais des contrats que les parties ont mis à exécution et exécutés. Lorsque, comme en l'espèce, les personnes engagées dans le commerce en question ont été en contact constamment avec leurs conseillers juridiques, il n'est ni nécessaire ni justifié que les tribunaux interviennent pour remanier ces contrats ou les annuler.

Donc, en définitive, l'issue ne dépend pas du simple fait que les Lister, qui n'ont pas été partie au contrat de concession, ne sont pas liés par les clauses qui excluent les déclarations qui ne figurent pas dans le contrat. L'issue ne tient pas non plus à la question accessoire (dans le sens qu'elle n'a pas été et ne pouvait être débattue dans ces procédures) de la validité du cautionnement de 1970. Dunlop était légalement habilitée à poursuivre les Lister mais elle s'est abstenue de le faire. De par leur acceptation d'exécuter le compromis, les Lister n'ont pas droit aux recours qu'ils cherchent maintenant à exercer.



## 6. Validity of the Seizure

The principal difference between the courts below was on the right of the Company and the Listers to reasonable notice from Dunlop when enforcing its claims under the note, the debenture and the guaranties. Both courts below agreed that the debtor had the right to reasonable notice but, as quoted above, the majority of the Court of Appeal found that the debtor must ask for time to make the payment claimed to be due and none was asked for by the plaintiff-appellants. The facts of the demand have been set out. The debenture and note signed and delivered by the Company provide for payment "on demand". By its terms the debenture further provides that the principal and interest shall "forthwith become due and payable" on the happening of any of nineteen specified events such as a default in payment of interest and principal by the Company. The security thereby constituted by the debenture likewise becomes enforceable at the same time. The guaranty by the Listers is performable upon "notice in writing" delivered personally or by mail.

The rule has long been that enunciated in *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13, at p. 19: the debtor must be given "some notice on which he might reasonably expect to be able to act". The application of this simple proposition will depend upon all the facts and circumstances in each case. Failure to give such reasonable notice places the debtor under economic, but nonetheless real duress, often as real as physical duress to the person, and no doubt explains the eagerness of the courts to construe debt-evidencing or creating documents as including in all cases the requirement of reasonable notice for payment.

This authority (*Massey*) relates back to the dictum of Cockburn C.J. in *Toms v. Wilson and Another* (1863), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524, at p. 529. Blackburn J., in concurring, put the matter directly:

But, when, by the express terms of the instrument creating the debt, payment is to be made "immediately

## 6. La validité de la saisie

La principale divergence d'opinions entre les cours d'instance inférieure porte sur le droit qu'avaient la société et les Lister à un préavis raisonnable de Dunlop lorsque celle-ci a exercé ses droits en vertu du billet, de la débenture et des cautionnements. Les deux cours d'instance inférieure ont reconnu que le débiteur avait droit à un avis raisonnable mais, tel que précité, la Cour d'appel a conclu, à la majorité, que le débiteur doit demander un délai pour faire le paiement qu'on prétend échu, ce qui n'a pas été fait par les demandeurs appelants. Les faits relatifs à la demande de paiement ont été exposés. La débenture et le billet signés et émis par la société prévoit un paiement «à demande». De par sa formulation, la débenture prévoit également que le principal et les intérêts [TRADUCTION] «deviendront payables immédiatement» dans l'un ou l'autre des dix-neuf cas énumérés, notamment en cas de défaut de paiement du principal et des intérêts par la société. La sûreté ainsi constituée par la débenture devient aussi exécutoire au même moment. Le cautionnement des Lister est exécutoire sur avis écrit donné personnellement ou par courrier.

La règle depuis longtemps applicable est celle énoncée à l'arrêt *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13, à la p. 19: il faut accorder au débiteur [TRADUCTION] «un avis qui puisse raisonnablement lui permettre de s'exécuter». L'application de cette règle simple est fonction des faits et circonstances de chaque espèce. L'omission de donner un avis raisonnable place le débiteur dans une situation de contrainte financière qui souvent n'est pas moins réelle qu'une contrainte physique contre la personne et c'est sans doute ce qui explique l'empressement des tribunaux à considérer que les pièces qui constatent ou créent une dette comportent dans tous les cas l'obligation de donner un préavis raisonnable aux fins du paiement.

Cette jurisprudence (l'arrêt *Massey*) se rapporte à l'opinion incidente du juge en chef Cockburn dans l'arrêt *Toms v. Wilson and Another* (1863), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524, à la p. 529. Le juge Blackburn qui est du même avis s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Mais quand, d'après le texte de l'instrument qui crée la dette, le paiement doit être fait «immé-

upon demand in writing," it must be construed to mean within a reasonable time.

Baron Pigott, in *Massey, supra*, stated (at p. 19):

It is not necessary to define what time ought to elapse between the notice and the seizure. It must be a question of the circumstances and relations of the parties, and it would be difficult, perhaps impossible, to lay down any rule of law on the subject, except that the interval must be a reasonable one. But it is quite clear that the plaintiff did not intend to stipulate for a merely illusory notice, but for some notice on which he might reasonably expect to be able to act.

See also *Moore v. Shelley and Another* (1883), 8 A.C. 285 (P.C.), and for a modern summation of the rule and its particular application see *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.Ct.) and *Royal Bank of Canada v. Cal Glass Ltd. and Coopers & Lybrand Limited* (1979), 18 B.C.L.R. 55 (S.C.)

Mr. Lister said before the seizure that he did not intend to advance further money to the venture and that if any such money were required, Dunlop should provide it. This is something quite different from a waiver of a right to reasonable notice. This was something said by one party to another in a failing venture, incidental to continuing bargaining or negotiating for some means to save the undertaking and their respective investments in it. If Dunlop relied on this statement in seizing the assets without notice, as they did, they were in my view quite wrong. The Listers remained entitled to reasonable notice. The majority of the Court of Appeal concluded that the appellants were required either on these facts or generally to ask for time to pay. No authority was cited for the proposition and none was advanced in this Court. Here the Listers allowed the receiver to enter into possession and to proceed to liquidate Mr. Lister's assets and those of the Company on behalf of Dunlop. This technical or mechanical acquiescence in no way eliminated, by waiver, acquiescence or otherwise, the appellants' entitlement to reasonable notice. In the result therefore, Dunlop and its agents, its employees and the receiver were guilty

diatement sur demande écrite,» on doit l'interpréter comme devant être fait dans un délai raisonnable.

Le baron Pigott, dans l'arrêt *Massey*, précité, affirme (à la p. 19):

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de spécifier le délai qui aurait dû s'écouler entre l'avis et la saisie. C'est une question de circonstances et de rapports entre les parties, et il serait difficile, peut-être impossible, d'énoncer une règle de droit sur la question, sinon que le délai doit être raisonnable. Cependant, il est très clair que le demandeur n'a pas voulu convenir d'un avis simplement illusoire, mais d'un avis qui puisse raisonnablement lui permettre de s'exécuter.

Voir également *Moore v. Shelley and Another* (1883), 8 A.C. 285 (C.P.), et, pour un résumé récent de la règle et de son application particulière, voir les arrêts *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.) et *Royal Bank of Canada v. Cal Glass Ltd. & Coopers & Lybrand Limited* (1979), 18 B.C.L.R. 55 (C.S.)

M. Lister avait déclaré avant la saisie qu'il n'avait pas l'intention de placer d'autres sommes dans l'entreprise et que si d'autres sommes étaient nécessaires, il reviendrait à Dunlop de les fournir. Cela est tout à fait différent d'une renonciation au droit à un avis raisonnable. Ce sont les paroles dites par une partie à une entreprise défaillante à une autre, dans le cadre de négociations soutenues en vue de trouver un moyen de sauver l'entreprise et leurs placements respectifs dans cette dernière. Si Dunlop s'est fondée sur cette déclaration pour saisir les biens sans préavis, comme elle l'a fait, elle a eu, à mon avis, tout à fait tort. Les Listers avaient toujours droit à un avis raisonnable. La Cour d'appel a conclu, à la majorité, que les appelants étaient tenus, soit en fonction de ces faits, soit généralement, de demander un délai de paiement. On n'a pas cité, ni même invoqué devant cette Cour, de jurisprudence à l'appui de cette thèse. En l'espèce, les Listers ont permis au séquestre de prendre possession et de procéder à la liquidation des biens de M. Lister et de ceux de la société pour le compte de Dunlop. Cet acquiescement technique ou automatique n'a aucunement éliminé, par renonciation, acceptation ou autre-

of trespass and conversion.

## 7. Damages

The trial judge assessed the damages firstly with reference to the loss arising from the inadequate realization on the assets by the receiver, and secondly, the loss of future profits because of the destruction of these two businesses by the wrongful seizure. Illustrations of similar applications of this principle are to be found in *J. & E. Hall, Ltd. v. Barclay*, [1937] 3 All E.R. 620 (C.A.); *Kullberg's Furniture Limited v. Flin Flon Hotel Company Limited* (1958), 26 W.W.R. 721 (Man. C.A.); *Yukon Southern Air Transport Limited et al. v. The King*, [1942] Ex. C.R. 181; *Brodt v. Wearmouth and Pyle*, [1937] 1 W.W.R. 777 (B.C.C.A.)

The circumstances here arising have been set out above and were reviewed in detail at trial. There appears to be no error of application of law inviting appellate intervention. The Court of Appeal neither awarded nor dealt with the issue of damages for destruction of the two businesses although this claim was raised by all plaintiffs in the statement of claim. The extent of the damages will be assessed on the reference according to the duration of the wrongful retention of assets in the case of the Autopar seizure, the magnitude of the inadequate realization occurring (if any) in the case of the company assets, the prospect of loss of profits in the case of each of the businesses, and the impact of the wrongful conduct on the part of Dunlop on the appellants. Because the computation and assessment of damages will now proceed before the Master, no more need be said about the process.

The Court of Appeal made no mention of the issue of exemplary damages as awarded by the trial judge other than to observe that such an award was "not appropriate" in the case of the

ment, le droit des appelants à un avis raisonnable. En conséquence, Dunlop et ses représentants, ses employés et le séquestre se sont rendus coupables d'atteinte à la possession et d'appropriation illégitime.

## 7. Les dommages-intérêts

Le juge de première instance a évalué les dommages-intérêts en fonction, premièrement, de la perte découlant de la liquidation inappropriée des biens par le séquestre et, deuxièmement, de la perte des profits à venir attribuable à l'anéantissement de ces deux commerces par suite de la saisie illégitime. On trouve des exemples d'application semblables de ce principe dans les affaires suivantes: *J. & E. Hall, Ltd. v. Barclay*, [1937] 3 All E.R. 620 (C.A.); *Kullberg's Furniture Limited v. Flin Flon Hotel Company Limited* (1958), 26 W.W.R. 721 (C.A. Man.); *Yukon Southern Air Transport Limited et al. v. The King*, [1942] R.C. de l'É. 181; *Brodt v. Wearmouth and Pyle*, [1937] 1 W.W.R. 777 (C.A.C.-B.)

Les circonstances de l'espèce ont été énoncées plus haut et elles ont été examinées en détail en première instance. Il ne semble y avoir aucune erreur dans l'application du droit qui justifie une intervention en appel. La Cour d'appel n'a pas accordé de dommages-intérêts pour l'anéantissement des deux commerces, ni même abordé cette question, bien que tous les demandeurs l'aient soulevée dans l'exposé de cause. Les dommages-intérêts seront évalués lors du renvoi, en fonction de la durée de la rétention illégitime des biens en ce qui concerne la saisie d'Autopar, de l'amplitude de la liquidation inappropriée (s'il y a lieu) en ce qui concerne les biens de la société, de la possibilité de perte de profits dans le cas de chacun des commerces et de l'incidence sur les appelants du comportement préjudiciable de Dunlop. Puisque l'évaluation et le calcul des dommages-intérêts seront effectués devant le Master, il n'est pas nécessaire d'en traiter plus longuement.

La Cour d'appel n'a mentionné la question des dommages-intérêts exemplaires accordés par le juge de première instance que pour faire remarquer qu'une telle adjudication était «inappropriée»

Autopar seizure. In its order the Court of Appeal did not include any exemplary damages for either seizure. The facts and circumstances of the receiver's entry into possession with an armed guard and the protracted delay by Dunlop in replying to the demand for the return of the Autopar parts to Chrysler are a sufficient basis in my view for the exercise of the trial judge's discretion to award exemplary damages here. The place in the law of Ontario of exemplary damages for wrongful seizure was not argued here nor does the record reveal any argument being directed below to the right of a trial judge to make such an award in law. Accordingly, the matter is taken no further than to restore that aspect of the trial judgment.

Therefore, for the reasons stated, I would allow the appeal and restore the judgment at trial with costs here and in the courts below to the appellants; costs of the reference to be reserved for disposition when the Master's report is received.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Harries, Houser, Toronto.*

dans le cas de la saisie d'Autopar. Dans son ordonnance, la Cour d'appel n'a prévu de dommages-intérêts exemplaires pour aucune des saisies. Les circonstances de la prise de possession par le séquestre accompagné d'un garde armé et le fait que Dunlop ait tardé à répondre à la demande de la remise des pièces d'Autopar à Chrysler constitue, à mon sens, une justification suffisante pour que le juge de première instance puisse exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder des dommages-intérêts exemplaires dans le présent cas. En l'espèce, on n'a pas débattu la question des dommages-intérêts exemplaires pour saisie illégitime dans le contexte du droit en Ontario et le dossier ne révèle aucun argument, en Cour d'appel, à l'encontre du droit du juge de première instance d'accorder ces dommages-intérêts. En conséquence, nous nous contenterons de rétablir le jugement de première instance sur ce point.

Donc, pour les motifs énoncés, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir le jugement de première instance et d'accorder aux appelants leurs dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure; la décision quant aux dépens du renvoi est reportée à la réception du rapport du Master.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Harries, Houser, Toronto.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 5, 1982 Vol. 1**

**5<sup>e</sup> cahier, 1982 Vol. 1**

**Cited as [1982] 1 S.C.R. 751-921**

**Renvoi [1982] 1 R.C.S. 751-921**

---

Published by  
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief  
ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Revisor  
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELE BEAULIEU

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Hull, Quebec, Canada, K1A 0S9, together with the old address.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1982.

## CONTENTS

### **Armstrong Cork Canada v. Domco Industries Ltd. .... 907**

Patents — Infringement — Settlement by patentee — Action of non-exclusive licensee against an infringer for damages — Interpretation and application of s. 57 of the Patent Act — No distinction between exclusive and non-exclusive licensee — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 57.

### **Denis-Cossette et al. v. Germain et al. .... 751**

Civil law — Sale of immovables — Pupils' property purchased by tutrix through interposed party — Subsequent sale to bona fide third party purchasers — Expropriation — Chain of title defective — Apparent defect — Defect can be opposed to third party — Judgment authorizing confirmation of voidable deeds — Confirmation unlawful — Sales and judgment annulled — Civil Code, arts. 269, 290, 307, 1008, 1214, 1235, 1484, 1918, 1920, 1921 — Code of Civil Procedure, arts. 774 (former), 792 (former), 1355 (former), 1066v (former) — Quebec Railway Act, R.S.Q. 1941, c. 291, s. 91 — Roads Act, R.S.Q. 1941, c. 141, s. 104.

Civil law — Tutorship — Pupils' property purchased by tutrix through interposed party — Remarriage of tutrix — Tutorship ceases — *De facto* tutor subject to same incapacities as *de jure* tutor — Civil Code, arts. 283 (former), 290, 1484.

Civil law — Conveyance — Consent by reason of violence and threats not established — Reverential fear — Civil Code, art. 997.

Civil procedure — Direct action in nullity — Judgment authorizing confirmation of voidable deeds — Confirmation unlawful — Judgment of voluntary jurisdiction — *Res judicata* — Deadline for bringing action — Code of Civil Procedure, arts. 2, 26, 482, 483 — Civil Code, arts. 2242, 2243.

*Continued on next page*

Publié par  
BERNARD C. HOFLEY, c.r.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef  
ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

Arrêtistes  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELE BEAULIEU

*Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnement et Services Canada, Hull, Québec, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.*

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1982.

## SOMMAIRE

### **Armstrong Cork Canada c. Domco Industries Ltd. .... 907**

Brevets — Contrefaçon — Règlement par le breveté — Action en dommages-intérêts du titulaire d'une licence non exclusive contre un contrefacteur — Interprétation et application de l'art. 57 de la Loi sur les brevets — Rien ne distingue le titulaire d'une licence exclusive du titulaire d'une licence non exclusive — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 57.

### **Denis-Cossette et autres c. Germain et autres .... 751**

Droit civil — Vente d'immeubles — Acquisition par tutrice des biens des pupilles par personne interposée — Vente subséquente à des tiers acquéreurs de bonne foi — Expropriation — Chaîne des titres viciée — Vice apparent — Vice opposable aux tiers — Jugement autorisant la confirmation d'actes annulables — Confirmation illégale — Ventes et jugement annulés — Code civil, art. 269, 290, 307, 1008, 1214, 1235, 1484, 1918, 1920, 1921 — Code de procédure civile, art. 774 (ancien), 792 (ancien), 1355 (ancien), 1066v (ancien) — Loi des chemins de fer de Québec, S.R.Q. 1941, chap. 291, art. 91 — Loi de la voirie, S.R.Q. 1941, chap. 141, art. 104.

Droit civil — Tutelle — Acquisition par tutrice des biens des pupilles par personne interposée — Remariage de la tutrice — Cessation de la tutelle — Tuteur de fait sujet aux mêmes incapacités que le tuteur de droit — Code civil, art. 283 (ancien), 290, 1484.

Droit civil — Cession — Consentement sous l'effet de la violence et de la crainte non établi — Crainte révérencielle — Code civil, art. 997.

Procédure civile — Action directe en nullité — Jugement autorisant la confirmation d'actes annulables — Confirmation illégale — Jugement de juridiction gracieuse — Chose jugée — Délai pour intenter l'action — Code de procédure civile, art. 2, 26, 482, 483 — Code civil, art. 2242, 2243.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **Descôteaux et al. v. Mierzwinski ..... 860**

Criminal law — Search and seizure — False statement by legal aid applicant regarding his income — Warrant issued to search legal aid offices — Legal aid application form seized — Solicitor-client privilege — Right to have communications with lawyer kept confidential — Right reflected in substantive rule and rule of evidence (privilege) — Extent of the power of a justice to authorize a search warrant with terms of execution — Scope of this power with regard to law firms — Criminal Code, s. 443.

Evidence — Solicitor-client privilege — False statement by legal aid applicant regarding his income — Legal aid application form seized — Whether information supplied by applicant is privileged — Point in time when solicitor-client relationship arises.

### **Mahoney v. The Queen ..... 834**

Appeal — Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Question of law alone — Court of Appeal found errors by trial judge — Appeal dismissed for want of substantial wrong or miscarriage of justice — Whether application of this proviso a question of law alone — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(b)(iii), 618.

### **R. v. Brown ..... 859**

Appeal — Fresh evidence available after conviction — Test for admitting new evidence not met — Appeal from order for new trial.

### **Saieva v. The Queen ..... 897**

Criminal law — Theft — Possession of stolen goods — Doctrine of recent possession — No evidence establishing date of the theft — Trial judge's finding of fact regarding date of theft unreasonable — Charge to jury — Whether trial judge erred in law regarding recency — Criteria to establish recent possession — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 312(1).

### **Vetrovec v. The Queen ..... 811**

Evidence — Corroboration — Accomplices — Charge to jury — Whether or not trial judge required by law to instruct jury as to danger of unconfirmed testimony of an accomplice — Whether or not trial judge to define corroboration and analyse evidence in that regard.

## SOMMAIRE (Fin)

### **Descôteaux et autre c. Mierzwinski ..... 860**

Droit criminel — Perquisition et saisie — Fausse déclaration d'un requérant à l'aide juridique quant à ses revenus — Mandat délivré pour perquisitionner dans les bureaux de l'Aide juridique — Saisie de la formule de demande d'aide juridique — Privilège entre avocat et client — Droit à la confidentialité de son avocat — Droit qui se manifeste par une règle de fond et une règle de preuve (privilège) — Etendue du pouvoir d'un juge de paix d'autoriser un mandat de perquisition et de l'assortir de modalités — Etendue de ce pouvoir pour un bureau d'avocat — Code criminel, art. 443.

Preuve — Privilège entre avocat et client — Fausse déclaration d'un requérant à l'aide juridique quant à ses revenus — Saisie de la formule de demande d'aide juridique — Les renseignements fournis par le requérant sont-ils privilégiés? — Moment où prend naissance la relation avocat-client.

### **Mahoney c. La Reine ..... 834**

Appel — Compétence — Cour suprême du Canada — Question de droit seulement — Erreurs du juge du procès constatées par la Cour d'appel — Rejet de l'appel parce qu'il n'y a eu ni tort important ni erreur judiciaire grave — L'application de cette disposition est-elle une pure question de droit? — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 613(1)(b)(iii), 618.

### **R. c. Brown ..... 859**

Appel — Nouvelle preuve disponible après la déclaration de culpabilité — Critère de recevabilité d'une nouvelle preuve non satisfait — Appel contre l'ordonnance de nouveau procès.

### **Saieva c. La Reine ..... 897**

Droit criminel — Vol — Possession de biens volés — Doctrine de la possession de biens récemment volés — Absence de preuves quant à la date du vol — Caractère déraisonnable de la conclusion de fait du juge du procès concernant la date du vol — Exposé du juge au jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit relativement au caractère récent? — Critères permettant d'établir le caractère récent de la possession — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 312(1).

### **Vetrovec c. La Reine ..... 811**

Preuve — Corroboration — Complices — Exposé au jury — Le juge du procès est-il tenu, en droit, de signaler au jury le danger que représente le témoignage non corroboré d'un complice? — Le juge du procès doit-il définir ce qu'est la corroboration et analyser les dépositions à cet égard?





**Dame Mariette Denis Cossette, Dame Lisette Denis Labrie, Welley Denis, Jeannot Denis and Adjutor Denis** *Appellants*;

and

**Yves Germain, Victor Germain, Isabelle Dynes Bigaouette, Lucien Dynes, Marcel Cloutier, Juliette Dynes and the Attorney General of the Province of Quebec** *Respondents*;

and

**The Registrar for the Registration Division of Quebec** *Mis en cause.*

File No.: 15494.

1981: February 9, 10; 1982: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Civil law — Sale of immoveables — Pupils' property purchased by tutrix through interposed party — Subsequent sale to bona fide third party purchasers — Expropriation — Chain of title defective — Apparent defect — Defect can be opposed to third party — Judgment authorizing confirmation of voidable deeds — Confirmation unlawful — Sales and judgment annulled — Civil Code, arts. 269, 290, 307, 1008, 1214, 1235, 1484, 1918, 1920, 1921 — Code of Civil Procedure, arts. 774 (former), 792 (former), 1355 (former), 1066v (former) — Quebec Railway Act, R.S.Q. 1941, c. 291, s. 91 — Roads Act, R.S.Q. 1941, c. 141, s. 104.*

*Civil law — Tutorship — Pupils' property purchased by tutrix through interposed party — Remarriage of tutrix — Tutorship ceases — De facto tutor subject to same incapacities as de jure tutor — Civil Code, arts. 283 (former), 290, 1484.*

*Civil law — Conveyance — Consent by reason of violence and threats not established — Reverential fear — Civil Code, art. 997.*

*Civil procedure — Direct action in nullity — Judgment authorizing confirmation of voidable deeds — Confirmation unlawful — Judgment of voluntary jurisdiction — Res judicata — Deadline for bringing action — Code of Civil Procedure, arts. 2, 26, 482, 483 — Civil Code, arts. 2242, 2243.*

**Dame Mariette Denis Cossette, Dame Lisette Denis Labrie, Welley Denis, Jeannot Denis et Adjutor Denis** *Appellants*;

<sup>a</sup> et

**Yves Germain, Victor Germain, Isabelle Dynes Bigaouette, Lucien Dynes, Marcel Cloutier, Juliette Dynes et le procureur général de la province de Québec** *Intimés*;

et

**Le registrateur de la division d'enregistrement de Québec** *Mis en cause.*

N° du greffe: 15494.

1981: 9, 10 février; 1982: 31 mai.

<sup>d</sup> Présents: Les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>e</sup> *Droit civil — Vente d'immeubles — Acquisition par tutrice des biens des pupilles par personne interposée — Vente subséquente à des tiers acquéreurs de bonne foi — Expropriation — Chaîne des titres viciée — Vice apparent — Vice opposable aux tiers — Jugement autorisant la confirmation d'actes annulables — Confirmation illégale — Ventes et jugement annulés — Code civil, art. 269, 290, 307, 1008, 1214, 1235, 1484, 1918, 1920, 1921 — Code de procédure civile, art. 774 (ancien), 792 (ancien), 1355 (ancien), 1066v (ancien) — <sup>g</sup> Loi des chemins de fer de Québec, S.R.Q. 1941, chap. 291, art. 91 — Loi de la voirie, S.R.Q. 1941, chap. 141, art. 104.*

<sup>h</sup> *Droit civil — Tutelle — Acquisition par tutrice des biens des pupilles par personne interposée — Remarriage de la tutrice — Cessation de la tutelle — Tuteur de fait sujet aux mêmes incapacités que le tuteur de droit — Code civil, art. 283 (ancien), 290, 1484.*

<sup>i</sup> *Droit civil — Cession — Consentement sous l'effet de la violence et de la crainte non établi — Crainte révérencielle — Code civil, art. 997.*

<sup>j</sup> *Procédure civile — Action directe en nullité — Jugement autorisant la confirmation d'actes annulables — Confirmation illégale — Jugement de juridiction gracieuse — Chose jugée — Délai pour intenter l'action — Code de procédure civile, art. 2, 26, 482, 483 — Code civil, art. 2242, 2243.*

On August 27, 1947, respondent Isabelle Dynes Bigaouette, authorized by a judgment of the Superior Court (the *Boulangier judgment*), sold to her mother by mutual consent, on her own behalf and in her capacity as tutor to her minor children (appellants), immoveables in which she owned an undivided one-third share and her children an undivided two-thirds share. Two months later respondent remarried, and on February 2, 1948, her mother conveyed the immoveables back to her by a deed of gift *inter vivos*. In 1956, these immoveables were sold to respondents Germain and expropriated in part by the province on three occasions. The infringement of art. 1484 C.C. was discovered at the time of the first expropriation. In order to correct the defect, respondent Isabelle Dynes Bigaouette, appellant Mariette Denis Cossette (by then of legal age) and a tutor *ad hoc*, duly authorized by a judgment of the Superior Court (the *Joli-Cœur judgment*), intervened in the deed of transfer and conveyed to Her Majesty all their rights, titles and interests in the expropriated land. However, they refused to intervene in the second and third expropriations, and respondents Germain signed by themselves the deeds of sale and discharge.

The Superior Court and the Court of Appeal dismissed appellants' direct action in nullity. Hence their appeal to this Court, to annul the *Joli-Cœur judgment*, the sale of August 27, 1947, and the gift of February 2, 1948; as to the deeds that followed, they asked only that the Court annul these documents as to the undivided two-thirds of the immoveables owned by them. They further asked for their share of the expropriation indemnity and to be declared owners of the undivided two-thirds of the residue of the immoveables.

*Held:* The appeal should be allowed, but in part only as to appellant Mariette Denis Cossette.

(1) Cessation of tutorship: The incapacities imposed on a tutor regarding purchasing the property of his pupil must continue when, although deprived of his function, he in fact assumed the tutorship and indefinitely prolonged his administration as the result of an error, his ignorance of the law or for some other reason. In the case at bar, appellants' mother ceased to be their tutrix *de jure* at the time of her remarriage (art. 283 C.C., former), but since she in fact continued to act as their tutrix, the prohibition of arts. 290 and 1484 C.C. should be applied to her.

(2) Defective acquisition by tutrix: There was no doubt here as to the infringement of art. 1484 C.C. This was not a sale by judicial authority, since the procedure prescribed in art. 1355 C.C.P. (in effect at the time) was not followed: the sale authorized by the *Boulangier judgment* was a sale by mutual consent, not at auction,

Le 27 août 1947, l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette, autorisée par un jugement de la Cour supérieure (*jugement Boulangier*), a vendu de gré à gré à sa mère, tant en son nom personnel qu'en sa qualité de tutrice à ses enfants mineurs (les appelants), des immeubles dont elle était propriétaire pour le tiers indivis et ses enfants pour le deux tiers indivis. Deux mois plus tard l'intimée se remariait et, le 2 février 1948, sa mère lui rétrocédait les immeubles par un acte de donation entre vifs. Ces immeubles furent vendus en 1956 aux intimés Germain et expropriés en partie par la province en trois occasions. Lors de la première expropriation, la contravention à l'art. 1484 C.c. est décelée. Pour corriger le vice, l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette, l'appelante Mariette Denis Cossette (devenue majeure) et un tuteur *ad hoc* dûment autorisé par un jugement de la Cour supérieure (*jugement Joli-Cœur*) interviennent à l'acte de transfert et cèdent à Sa Majesté tous leurs droits, titres et intérêts dans les terrains expropriés. Cependant, lors de la deuxième et de la troisième expropriations, ils refusent d'intervenir et les intimés Germain signent seuls les actes de quittance-vente.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont rejeté l'action directe en nullité des appelants. D'où leur pourvoi devant cette Cour pour faire annuler le *jugement Joli-Cœur*, la vente du 27 août 1947 et la donation du 2 février 1948; quant aux actes qui suivent, ils n'en demandent l'annulation que quant aux deux tiers indivis des immeubles leur appartenant. Ils demandent également leur part des indemnités d'expropriation et d'être déclarés propriétaires des deux tiers indivis du résidu des immeubles.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli mais, quant à l'appelante Mariette Denis Cossette, en partie seulement.

1) Cessation de la tutelle: Les incapacités dont souffre un tuteur relativement à l'acquisition des biens de son pupille doivent continuer lorsque, privé de sa charge, il assume effectivement la tutelle et prolonge indéfiniment son administration par suite d'une erreur, de son ignorance de la loi ou pour toute autre cause. En l'espèce, la mère des appelants a cessé d'être leur tutrice de droit au moment de son mariage (art. 283 C.c. ancien) mais, puisque celle-ci a de fait continué d'agir comme leur tutrice, il faut lui appliquer la prohibition des art. 290 et 1484 C.c.

2) Irrégularité de l'acquisition par la tutrice: La violation de l'art. 1484 C.c. ne fait ici aucun doute. Il ne s'agissait pas d'une vente par autorité judiciaire puisque la procédure prescrite à l'art. 1355 C.p.c. (en vigueur à l'époque) n'a pas été suivie: la vente autorisée par le *jugement Boulangier* était une vente de gré à gré, non

and the minors were not represented by a tutor *ad hoc*. This judgment therefore did not have the effect of correcting the defective titles. Accordingly, the sale by the tutrix to her mother and the latter's gift to her daughter were irremediably vitiated and are annulled.

(3) Whether defects can be opposed to third parties: The nullity of the purchase could also be opposed to *bona fide* third party purchasers. The rule is that no one can transfer to another any greater right to a thing than he has himself. If a title is vitiated by some cause which renders it voidable, it can only be transferred subject to that defect, and if voiding is requested, it will be effective even against a *bona fide* third party purchaser. When the legislator wished to make an exception to the rule in order to protect third parties, he did so expressly. Moreover, the defect in title was an apparent one, readily ascertainable at the registry office. In not having a title search conducted, respondents Germain agreed to run a risk. They must bear the consequences of it. The defect could be opposed to the Attorney General also, but as his title was no longer disputed appellants were correct in claiming from him the expropriation indemnity to which they were entitled.

(4) Whether *Joli-Cœur* judgment defective: It was not possible to validly confirm an act affected by a prohibition which was still continuing at the time of the confirmation. The *Civil Code* itself provides for confirmation of the acts of a minor only during majority. Accordingly, the *Joli-Cœur* judgment, which authorized the confirmation of voidable acts during minority, was vitiated on its face because it authorized what the law prohibited. The judgment could not be based on s. 91 of the *Quebec Railway Act*, because that section in no way empowered a judge of the Superior Court to authorize a tutor, in his capacity as tutor, to convey his rights to the Minister of Roads without consideration. In view of the apparent defect which it contained, the direct action in nullity brought by appellants was justified and, since there was no *res judicata* on a judgment of voluntary jurisdiction, the strict deadlines of art. 484 *C.C.P.* did not have to be observed. Rather, it was the prescription deadlines which were appropriate, namely the thirty-year prescription (arts. 2242 and 2243 *C.C.*). The *Joli-Cœur* judgment should therefore be annulled.

(5) The case of appellant Mariette Denis Cossette: The allegations of appellant that her intervention in the deed of transfer should be annulled are dismissed. Clear evidence was necessary to annul on grounds of fear and violence a conveyance made in a private and a notarial deed. However, she retained her rights to the two other expropriation indemnities and her rights in the residue of the immoveables.

aux enchères, et les mineurs n'étaient pas représentés par un tuteur *ad hoc*. Ce jugement n'a donc pas eu pour effet de régulariser les titres. Par conséquent, la vente de la tutrice à sa mère et la donation de celle-ci à sa fille sont irrémédiablement viciées et sont annulées.

3) Opposabilité des vices aux tiers: La nullité de l'acquisition est également opposable aux tiers acquéreurs de bonne foi. Le principe est qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droit à une chose qu'on n'en a soi-même. Si le titre est vicié pour une cause qui le rend annulable, il ne peut être cédé que sujet à ce vice et son annulation, une fois demandée, se réfléchit contre le tiers acquéreur même de bonne foi. Lorsque le législateur veut faire exception au principe pour protéger les tiers, il le fait expressément. De plus, le vice des titres était un vice apparent, facilement décelable au bureau d'enregistrement. Les intimés Germain, en ne faisant pas procéder à un examen des titres, ont accepté de courir un risque. Ils doivent en supporter les conséquences. Quant au Procureur général, le vice lui est également opposable mais, son titre n'étant plus contesté, les appelants sont bien fondés à lui réclamer l'indemnité d'expropriation à laquelle ils ont droit.

4) Irrégularité du jugement *Joli-Cœur*: On ne peut valablement confirmer un acte frappé par un empêchement qui dure toujours au moment de la confirmation. Le *Code civil* lui-même ne prévoit la confirmation des actes du mineur que pendant sa majorité. Par conséquent, le jugement *Joli-Cœur*, qui autorise la confirmation des actes annulables durant la minorité, est vicié à sa lecture même parce qu'il permet ce que la loi interdit. Le jugement ne peut être fondé sur l'art. 91 de la *Loi des chemins de fer de Québec* car cet article ne donne en aucune façon à un juge de la Cour supérieure le pouvoir d'autoriser un tuteur es-qualité à céder sans considération ses droits au ministre de la Voirie. Vu l'irrégularité apparente qu'il comporte, l'action directe en nullité prise par les appelants est justifiée et, puisqu'il n'y a pas de chose jugée pour un jugement de juridiction gracieuse, les délais de rigueur de l'art. 484 *C.p.c.* n'ont pas à être observés. Ce sont plutôt les délais de la prescription qu'il convient d'appliquer, en l'espèce la prescription trentenaire (art. 2242, 2243 *C.c.*). Le jugement *Joli-Cœur* doit donc être annulé.

5) Cas de l'appelante Mariette Denis Cossette: Les allégations de l'appelante visant l'annulation de son intervention à l'acte de transfert sont rejetées. Une preuve claire est requise pour faire annuler, à cause de violence et de crainte, une cession promise par un écrit et constatée par un acte notarié. Elle conserve cependant ses droits aux deux autres indemnités d'expropriation ainsi que ses droits dans le résidu des immeubles.

*Sub nom. Legault v. Carignan*, [1964] S.C.R. vi, No. 9740, March 23, 1964, affirming *Carignan v. Boutaric*, [1963] Que. Q.B. 222, applied; *McGregor v. Canada Investment and Agency Co.*, (1890) M.L.R. 6 S.C. 196; *Lefebvre v. Goyette* (1892), 2 C.S. 203; *Davis v. Kerr* (1890), 17 S.C.R. 235, considered; *Meloche v. Simpson* (1899), 29 S.C.R. 375; *Groulx v. Bricault* (1921), 63 S.C.R. 32; *Darling v. Bricault* (1924), 37 Que. K.B. 388; *Morin v. Vallée* (1939), 68 Que. K.B. 194; *Roberge v. Bergeron* (1939), 69 Que. K.B. 532; *Normandin v. Les Religieuses Carmélites d'Hochelaga* (1883), 3 D.C.A. 329; *Lafleur v. Donegani* (1849), 12 R.J.R.Q. 70; *Lighthall v. Craig*, (1884) M.L.R. 1 Q.B. 275; *Méthé v. Gervais* (1924), 38 Que. K.B. 28; *Payette v. Baird* (1940), 78 C.S. 371; *Ménard v. Roy* (1921), 32 Que. K.B. 350; *Lamarche v. Bourbeau* (1921), 27 R. de J. 481; *Rose v. Pinsonneault* (1927), 65 C.S. 287; *Samson v. Samson* (1896), 9 C.S. 386; *Little v. Reaycraft* (1917), 24 R.L. n.s. 8; *Morin v. Mercier* (1899), 16 C.S. 35; *Banque d'épargne de la cité et du district de Montréal v. Viau*, [1976] C.S. 901; *Carpenter v. Déry* (1877), 5 Q.L.R. 311; *Latulippe v. Grenier* (1898), 13 C.S. 157; *Gervais v. Charbonneau et Rousseau* (1910), 38 C.S. 330; *Ouellet v. Rochette* (1883), 9 Q.L.R. 289; *Bossé et Roy v. Laplante*, Que. C.A., No. 9494, March 25, 1974; *Kellond v. Reed* (1874), 18 L.C.J. 309; *Ritchot v. Cardinal* (1893), 3 Que. Q.B. 55; *Stather v. Bennett* (1912), 22 Que. K.B. 290; *Hyde v. Mount* (1905), 28 C.S. 385, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1978] C.A. 539, which affirmed a judgment of the Superior Court, [1976] C.S. 195\*. Appeal allowed, but in part only as to appellant Mariette Denis Cossette.

*Jacques Croteau, Jacques Flynn, Q.C., and Claude Ouellet*, for the appellants.

*Jacques Larochelle*, for the respondents Germain.

*Pierre Jolin*, for the respondent the Attorney General of the Province of Quebec.

English version of the judgment of the Court delivered by

\* Judgment summarized.

Jurisprudence: arrêt appliqué: *Sub nom. Legault c. Carignan*, [1964] R.C.S. vi, n° 9740, 23 mars 1964 confirmant *Carignan c. Boutaric*, [1963] B.R. 222; arrêts examinés: *McGregor v. Canada Investment and Agency Co.*, (1890) M.L.R. 6 S.C. 196; *Lefebvre c. Goyette* (1892), 2 C.S. 203; *Davis c. Kerr* (1890), 17 R.C.S. 235; arrêts mentionnés: *Meloche c. Simpson* (1899), 29 R.C.S. 375; *Groulx c. Bricault* (1921), 63 R.C.S. 32; *Darling c. Bricault* (1924), 37 B.R. 388; *Morin c. Vallée* (1939), 68 B.R. 194; *Roberge c. Bergeron* (1939), 69 B.R. 532; *Normandin c. Les Religieuses Carmélites d'Hochelaga* (1883), 3 D.C.A. 329; *Lafleur c. Donegani* (1849), 12 R.J.R.Q. 70; *Lighthall c. Craig*, (1884) M.L.R. 1 Q.B. 275; *Méthé c. Gervais* (1924), 38 B.R. 28; *Payette c. Baird* (1940), 78 C.S. 371; *Ménard c. Roy* (1921), 32 B.R. 350; *Lamarche c. Bourbeau* (1921), 27 R. de J. 481; *Rose c. Pinsonneault* (1927), 65 C.S. 287; *Samson c. Samson* (1896), 9 C.S. 386; *Little c. Reaycraft* (1917), 24 R.L. n.s. 8; *Morin c. Mercier* (1899), 16 C.S. 35; *Banque d'épargne de la cité et du district de Montréal c. Viau*, [1976] C.S. 901; *Carpenter c. Déry* (1877), 5 Q.L.R. 311; *Latulippe c. Grenier* (1898), 13 C.S. 157; *Gervais c. Charbonneau et Rousseau* (1910), 38 C.S. 330; *Ouellet c. Rochette* (1883), 9 Q.L.R. 289; *Bossé et Roy c. Laplante*, C.A. Qué., n° 9494, 25 mars 1974; *Kellond c. Reed* (1874), 18 L.C.J. 309; *Ritchot c. Cardinal* (1893), 3 B.R. 55; *Stather c. Bennett* (1912), 22 B.R. 290; *Hyde c. Mount* (1905), 28 C.S. 385.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1978] C.A. 539, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1976] C.S. 195\*. Pourvoi accueilli mais, quant à l'appellante Mariette Denis Cossette, en partie seulement.

*Jacques Croteau, Jacques Flynn, c.r., et Claude Ouellet*, pour les appelants.

*Jacques Larochelle*, pour les intimés Germain.

*Pierre Jolin*, pour l'intimé le procureur général de la province de Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

\* Résumé du jugement.

BEETZ J. —

I—Chronology of facts and proceedings

The events leading up to this complicated case date back to 1944.

On December 23 of that year, Henri Denis died intestate. He was the father of appellants, then aged between six years and one month old, and the husband common as to property of their mother, respondent Isabelle Dynes Bigaouette. His succession contained immoveables which, for the moment, can simply be described as lot 29 of the official cadastre for the parish of Ancienne Lorette, and lots 88 and 89 of the official cadastre for the parish of Ste-Foy.

These are the immoveables which are at issue.

Respondent Isabelle Dynes Bigaouette renounced her share in the community of property and became heir to her husband's succession.

By a judgment dated January 8, 1945, Isabelle Dynes was appointed tutrix of her minor children and authorized to accept the succession of their father on their behalf. Respondent Lucien Dynes, her brother, was appointed subrogate-tutor. The immoveables at issue thus became the property of appellants as to an undivided two-thirds share, and of their mother and tutrix, as to an undivided one-third.

On August 21, 1947, a judgment of the Superior Court by J. O. Boulanger J. (the "*Boulangier judgment*") authorized the tutrix to sell by mutual consent her pupils' share in the immoveables, along with her own, for the total amount of \$3,500 cash. This judgment was apparently rendered pursuant to arts. 1357 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure* then in effect.

On August 27, 1947, the tutrix, assisted by the subrogate-tutor and acting in that capacity and on her own behalf, sold the immoveables to her mother Sarah Dynes Leclerc for the sum of \$3,500 cash.

On October 25, 1947, Isabelle Dynes married John Bigaouette.

On February 2, 1948, Sarah Dynes Leclerc made a gift *inter vivos* of the immoveables to her daughter Isabelle Dynes Bigaouette.

LE JUGE BEETZ—

I—Chronologie des faits et des procédures

Les événements qui ont donné lieu à cette affaire compliquée remontent à 1944.

Le 23 décembre de cette année-là, Henri Denis meurt intestat. Il est le père des appelants, alors âgés de six ans à un mois, et l'époux commun en biens de leur mère, l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette. Sa succession comprend des immeubles que, pour l'instant, il suffira de décrire comme le lot 29 du cadastre officiel pour la paroisse de l'Ancienne Lorette, et les lots 88 et 89 du cadastre officiel pour la paroisse de Ste-Foy.

Ce sont ces immeubles qui font l'objet du litige.

L'intimée Isabelle Dynes Bigaouette renonce à sa part dans la communauté de biens et se porte héritière de la succession de son mari.

Par un jugement en date du 8 janvier 1945, Isabelle Dynes est nommée tutrice à ses enfants mineurs et autorisée à accepter pour eux la succession de leur père. L'intimé Lucien Dynes, son frère, est nommé subrogé tuteur. Les immeubles en litige deviennent donc la propriété des appelants pour les deux tiers indivis, et de leur mère et tutrice, pour le tiers indivis.

Le 21 août 1947, un jugement de la Cour supérieure rendu par le juge J. O. Boulanger, (le "*jugement Boulangier*") autorise la tutrice à vendre de gré à gré la part de ses pupilles dans les immeubles, en même temps que la sienne, pour le prix global de \$3,500 comptant. Ce jugement est apparemment rendu en vertu des art. 1357 *et suiv.* du *Code de procédure civile* alors en vigueur.

Le 27 août 1947, la tutrice, assistée du subrogé tuteur et agissant tant ès-qualité qu'en son nom personnel, vend les immeubles à sa mère Sarah Dynes Leclerc pour la somme de \$3,500 comptant.

Le 25 octobre 1947, Isabelle Dynes épouse John Bigaouette.

Le 2 février 1948, Sarah Dynes Leclerc fait donation entre vifs des immeubles à sa fille Isabelle Dynes Bigaouette.

The sale of August 27, 1947, and the gift of February 2, 1948 were registered concurrently on February 5, 1948, as Nos. 321715 and 321716, by the same notary before whom the two contracts were made.

On April 15, 1953, Isabelle Dynes Bigaouette, assisted by her husband, sold a part of lot 29 to Onésime Philippe Brousseau for the sum of \$4,550. This part of the immoveables is not in issue in the proceedings at bar.

On March 7, 1956, Isabelle Dynes Bigaouette, assisted by her husband, sold the residue of the immoveables to respondents Yves and Victor Germain. The land in question was an area of some 1,216,626 square feet. The price was \$13,500, \$6,000 of which was paid in cash. The balance was paid subsequently.

On May 17, 1957, the Minister of Roads of the Province of Quebec expropriated part of lots 88 and 89, an area of some 671,849 square feet, by a notice of expropriation filed and registered in accordance with art. 1066v of the *Code of Civil Procedure* in effect at the time.

Mr. André Cossette, notary, examining titles on behalf of the government, found that the titles of the Germain were defective on the ground, *inter alia*, that a tutor cannot, under art. 1484 of the *Civil Code*, become the buyer of the immoveables of those over whom he is appointed, either by himself or by parties interposed.

On April 1, 1960, the *Boulangier judgment* was registered against lots 29, 88 and 89.

On April 23, 1960, Isabelle Dynes Bigaouette requested authorization of a judge of the Superior Court to be allowed, in her capacity as tutrix for the four then still minor children, to convey to the Minister of Roads all their rights, titles and interests in the part of the expropriated immoveables which had belonged to them.

J. Achille Joli-Cœur J. of the Superior Court then requested the appointment of a tutor *ad hoc*, and service of proceedings on Mariette Denis, by then of legal age, on Victor and Yves Germain, and on the Minister of Roads.

La vente du 27 août 1947 et la donation du 2 février 1948 sont enregistrées simultanément le 5 février 1948, sous les n<sup>os</sup> 321715 et 321716, par le même notaire qui a reçu les deux contrats.

Le 15 avril 1953, Isabelle Dynes Bigaouette, assistée de son mari, vend une partie du lot 29 à Onésime Philippe Brousseau pour la somme de \$4,550. Cette partie des immeubles n'est pas visée par les présentes procédures.

Le 7 mars 1956, Isabelle Dynes Bigaouette, assistée de son mari, vend le résidu des immeubles aux intimés Yves et Victor Germain. Il s'agit d'une superficie d'environ 1,216,626 pieds carrés. Le prix est de \$13,500 dont \$6,000 sont payés comptant. Le solde sera effectivement payé plus tard.

Le 17 mai 1957, le ministre de la Voirie de la province de Québec exproprie une partie des lots 88 et 89, soit une superficie d'environ 671,849 pieds carrés, par un avis d'expropriation déposé et enregistré en conformité de l'art. 1066v du *Code de procédure civile* en vigueur à l'époque.

Le notaire André Cossette, chargé par le Gouvernement d'examiner les titres, constate l'irrégularité de ceux des Germain au motif, entre autres, que le tuteur ne peut, d'après l'art. 1484 du *Code civil*, se rendre acquéreur des immeubles de ceux dont il a la tutelle, ni par lui-même ni par parties interposées.

Le 1<sup>er</sup> avril 1960, on enregistre le *jugement Boulangier* contre les lots 29, 88 et 89.

Le 23 avril 1960, Isabelle Dynes Bigaouette requiert l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure afin qu'il lui soit permis, en sa qualité de tutrice aux quatre enfants encore mineurs, de céder au ministre de la Voirie tous leurs droits, titres et intérêts dans la partie des immeubles expropriés qui leur avaient déjà appartenu.

Le juge J. Achille Joli-Cœur de la Cour supérieure exige alors la nomination d'un tuteur *ad hoc* ainsi que la signification des procédures à Mariette Denis, devenue majeure, à Victor et Yves Germain, ainsi qu'au ministre de la Voirie.

On May 5, 1960 a family council was held, and it recommended appointing respondent Marcel Cloutier as tutor *ad hoc* for the appellants, except for Mariette Denis. The family council also recommended that the tutor *ad hoc* be authorized to convey in his capacity as tutor without consideration all the rights, titles and interests of Lisette, Welley, Jeannot and Adjutor Denis in the expropriated portion to Her Majesty in right of the Province.

The recommendations of the family council were homologated by a judgment of Joli-Cœur J. of the Superior Court (the "*Joli-Cœur judgment*") on May 16, 1960, the principal provision of which is as follows:

[TRANSLATION] WE AUTHORIZE the said MARCEL CLOUTIER, in his capacity as tutor "ad hoc" to the aforesaid minor children, to convey without consideration to Her Majesty Queen Elizabeth II, in right of the province of Quebec (Department of Roads), with the concurrence of the applicant, authorized by her husband, and of the said Mariette Denis, now of legal age, all titles, rights and interests of the said minors in the immovables described above.

On June 17, 1960, respondents Yves and Victor Germain sold the expropriated land to the government for \$20,766.20, which they acknowledged having received. Appellant Mariette Denis, respondent Isabelle Dynes Bigaouette assisted by her husband and respondent Marcel Cloutier, in his capacity as tutor *ad hoc*, intervened in the deed and conveyed to Her Majesty all their rights, titles and interests and those of the minors in the expropriated land.

On October 30, 1961, the Minister of Roads of the Province of Quebec expropriated another portion of lots 88 and 89, an area of approximately 337,100 square feet, by a notice of expropriation filed in accordance with art. 1066v of the *Code of Civil Procedure* in effect at the time and registered against lots 88 and 89, [TRANSLATION] "apparently the property of Yves and Victor Germain".

Like the notary André Cossette in the first expropriation, the notary Jacques Perrin, examining the titles on behalf of the government, found that those of the Germaines were defective, in view of art. 1484 of the *Civil Code*.

Le 5 mai 1960, se tient un conseil de famille qui recommande la nomination de l'intimé Marcel Cloutier comme tuteur *ad hoc* des appelants sauf Mariette Denis. Le conseil de famille recommande également que le tuteur *ad hoc*, soit autorisé à céder ès-qualité sans considération tous les droits, titres et intérêts de Lisette, Welley, Jeannot et Adjutor Denis à Sa Majesté aux droits de la Province dans la partie expropriée.

Les recommandations du conseil de famille sont homologuées par un jugement du juge Joli-Cœur de la Cour supérieure, (le "*jugement Joli-Cœur*") rendu le 16 mai 1960 dont voici le dispositif principal:

AUTORISONS le dit MARCEL CLOUTIER, en sa qualité de tuteur «ad hoc» aux susdits enfants mineurs, à céder sans considération, à Sa Majesté la Reine Elizabeth II, aux droits de la Province de Québec, (Ministère de la Voirie), avec le concours de la requérante autorisée de son époux et de ladite Mariette Denis, devenue majeure, tous les titres, droits et intérêts desdits mineurs dans les immeubles décrits ci-dessus.

Le 17 juin 1960, les intimés Yves et Victor Germain vendent le terrain exproprié au Gouvernement pour le prix de \$20,766.20 qu'ils reconnaissent avoir reçu. L'appelante Mariette Denis, l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette assistée de son mari et l'intimé Marcel Cloutier ès-qualité de tuteur *ad hoc* interviennent à l'acte et cèdent purement et simplement à Sa Majesté tous leurs droits, titres et intérêts ainsi que ceux des mineurs dans les terrains expropriés.

Le 30 octobre 1961, le ministre de la Voirie de la province de Québec exproprie une autre partie des lots 88 et 89, soit une superficie d'environ 337,100 pieds carrés par un avis d'expropriation déposé en conformité de l'art. 1066v du *Code de procédure civile* en vigueur à l'époque et enregistré contre les lots 88 et 89 «paraissant être la propriété de Yves et Victor Germain».

Comme le notaire André Cossette lors de la première expropriation, le notaire Jacques Perrin, chargé par le Gouvernement d'examiner les titres, constate l'irrégularité de ceux des Germain, vu l'art. 1484 du *Code civil*.



On February 5, 1963, counsel for respondents Germain required respondent Isabelle Dynes Bigaouette, appellant Mariette Denis and appellants Lisette and Welley Denis, now of legal age, to intervene in a deed of sale to the government, to call a family council to appoint a tutor *ad hoc* to appellants Jeannot and Adjutor Denis, and to authorize him to intervene in the deed on behalf of the latter.

A family council was in fact held on February 18, 1963, but, far from complying with the request, it recommended that a tutor *ad hoc* be appointed for the two last minor children for the purpose of challenging by all available proceedings the *Boulangier judgment*, the sale of August 27, 1947, the gift of February 2, 1948 and other deeds if necessary, seizing the expropriation indemnity, and transact the rights of the said minors in the immoveables. The recommendation of the family council was homologated by the prothonotary of the Superior Court on February 25, 1963. However, this proposal was not put into effect until some years after the youngest of the appellants attained legal age.

On October 29, 1963, respondents Germain signed by themselves a deed of sale and discharge by which they stated that they were satisfied with the indemnity of \$90,008 which they acknowledged receiving for the second expropriation.

On May 15 and 16, 1968, appellants brought this action against respondents to have a large number of the preceding deeds annulled, based primarily on arts. 290 and 1484 of the *Civil Code*.

**290. . . .**

[A tutor] can neither buy the property of his pupil, nor take it on lease, nor accept the transfer of any right or any debt against his pupil.

**1484.** The following persons cannot become buyers, either by themselves or by parties interposed, that is to say:

Tutors or curators, of the property of those over whom they are appointed, except in sales by judicial authority;

Le 5 février 1963, les procureurs des intimés Germain somment l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette, l'appelante Mariette Denis ainsi que les appelants Lisette et Welley Denis, maintenant majeurs, d'intervenir à un acte de vente au Gouvernement et de convoquer un conseil de famille afin de nommer un tuteur *ad hoc* aux appelants Jeannot et Adjutor Denis et de l'autoriser à intervenir à l'acte pour ces derniers.

Un conseil de famille est effectivement tenu le 18 février 1963 mais, loin d'obtempérer à la mise en demeure, il recommande la nomination d'un tuteur *ad hoc* aux deux derniers enfants mineurs afin d'attaquer par toutes les procédures utiles le *jugement Boulangier*, la vente du 27 août 1947, la donation du 2 février 1948 et d'autres actes s'il y a lieu, de saisir les indemnités d'expropriation, et de transiger sur les droits des dits mineurs dans les immeubles. La recommandation du conseil de famille est homologuée par le protonotaire de la Cour supérieure le 25 février 1963. Mais il ne sera donné suite à ce projet que quelques années après que le plus jeune des appelants sera devenu majeur.

Le 29 octobre 1963, les intimés Germain signent seuls un acte de quittance-vente par lequel ils se déclarent satisfaits d'une indemnité de \$90,008 qu'ils reconnaissent avoir reçue pour la deuxième expropriation.

Les 15 et 16 mai 1968, les appelants intentent aux intimés la présente action visant à faire annuler un bon nombre des actes qui précèdent et qui se fonde principalement sur les art. 290 et 1484 du *Code civil*.

**290. . . .**

[Le tuteur] ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, ni accepter la cession d'aucun droit ou d'aucune créance contre son pupille.

**1484.** Ne peuvent se rendre acquéreurs, ni par eux-mêmes ni par parties interposées, les personnes suivantes, savoir:

Les tuteurs et curateurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ou la curatelle, excepté dans le cas de vente par autorité judiciaire;

The incapacity declared in this article cannot be set up by the buyer; it exists only in favor of the owner and others having an interest in the thing sold.

After the action had been brought, on September 11, 1969, the Minister of Public Works of the Province of Quebec expropriated a further portion of lots 88 and 89, namely an area of approximately 50,000 square feet, by a notice of expropriation filed and registered in accordance with arts. 774 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure* in effect at the time.

Another notary, responsible for examining titles, saw the problem caused by the minority of appellants, but accepted the judgment of the Superior Court authorizing the sale. This was the *Boulangier judgment*, not the *Joli-Cœur judgment*, since the latter judgment affected another part of the immovable.

Respondents Germain received an expropriation compensation of \$29,650, which they declared themselves satisfied with and for which they gave the government a discharge in a deed of January 22, 1971.

Following these three expropriations, there remained of lots 88 and 89, which had been the subject of the expropriations, and of lot 29, a residue of approximately 157,677 square feet in the names of respondents Germain alone.

The conclusions sought by appellants were amended several times and were not the same in the Superior Court, the Court of Appeal and this Court.

Originally, appellants were asking for the *Boulangier judgment* and the *Joli-Cœur judgment* to be revoked and for the applications allowed by those two judgments to be dismissed. They further requested that the Court annul with respect to the undivided two-thirds of the immovables owned by them the sale of August 27, 1947, the gift *inter vivos* of February 2, 1948, the sale to respondents Germain of March 7, 1956, the sale to the Attorney General of June 17, 1960 and the intervention by Mariette Denis in that sale, together with the

L'incapacité énoncée dans cet article ne peut être invoquée par l'acheteur; elle n'existe qu'en faveur du propriétaire ou autre partie ayant un intérêt dans la chose vendue.

<sup>a</sup> Après l'institution de l'action, le 11 septembre 1969, le ministre des Travaux publics de la province de Québec exproprie une autre partie des lots 88 et 89, soit une superficie d'environ 50,000 pieds carrés, par un avis d'expropriation déposé et enregistré en conformité des art. 774 et suivants du *Code de procédure civile* en vigueur à l'époque.

<sup>c</sup> Un autre notaire, chargé d'examiner les titres, constate le problème causé par la minorité des appelants mais se satisfait du jugement de la Cour supérieure autorisant la vente. Il s'agit nécessairement du *jugement Boulangier* et non pas du *jugement Joli-Cœur*, puisque ce dernier jugement affectait uniquement une autre partie de l'immeuble.

<sup>e</sup> Les intimés Germain reçoivent une indemnité d'expropriation de \$29,650 dont ils se déclarent satisfaits et dont ils donnent quittance au Gouvernement dans un acte du 22 janvier 1971.

<sup>f</sup> Suite à ces trois expropriations, il reste, des lots 88 et 89, qui en ont fait l'objet, et du lot 29, un résidu d'environ 157,677 pieds carrés au nom des seuls intimés Germain.

<sup>g</sup> Les conclusions recherchées par les appelants ont été modifiées plusieurs fois et elles n'étaient pas les mêmes en Cour supérieure, en Cour d'appel et devant cette Cour.

<sup>h</sup> A l'origine, les appelants demandaient la rétractation du *jugement Boulangier* et du *jugement Joli-Cœur* ainsi que le rejet des requêtes accordées par ces deux jugements. Ils demandaient également l'annulation quant aux deux tiers indivis des immeubles leur appartenant, de la vente du 27 août 1947, de la donation entre vifs du 2 février 1948, de la vente aux intimés Germain en date du 7 mars 1956, de la vente au Procureur général en date du 17 juin 1960 et de l'intervention de Mariette Denis à cette vente ainsi que de celle de

intervention by respondent Marcel Cloutier in his capacity as tutor, and the discharge to the Attorney General of October 29, 1963; finally, they asked to be declared owners of the undivided two-thirds of the immoveables without prejudice to the government's right of expropriation, but subject to their rights to the expropriation indemnities which might be due to them.

Before the judgment of the Superior Court, they varied these conclusions: they added to the deeds which they were asking the Court to annul the discharge of January 22, 1971; with regard to the other deeds, they asked that they be annulled in their entirety, not merely as to the undivided two-thirds of the immoveables owned by them; they discontinued their recognition of the government's right of expropriation; and finally, they asked that respondents Germain and the Attorney General be jointly and severally ordered to pay them the sum of \$93,616.13 plus interest, that is two-thirds of the indemnity paid when the expropriations were made.

By these varied conclusions, therefore, appellants were asking, *inter alia*, for the Court to annul certain deeds completely, including the undivided two-thirds of their mother and tutrix. They were further asking for two-thirds of the expropriation indemnity, while claiming ownership of the expropriated land.

These were the conclusions sought in the Superior Court and the Court of Appeal. However, in the Court of Appeal appellants discontinued their conclusions regarding the *Boulangier judgment*.

In this Court, appellants orally amended their conclusions and returned in part to their initial conclusions. They asked that the *Joli-Cœur judgment* be annulled, and that the sale of August 27, 1947, and the gift *inter vivos* of February 2, 1948, be annulled completely and struck out; as to the deeds that followed, they were now asking only that the Court annul these documents as to the undivided two-thirds of the immoveables owned by them; they were not disputing the right of the government to expropriate, and they recognized its title but subject to their right to such expropriation indemnity, as may be due to them under the law;

l'intimé Marcel Cloutier ès-qualité, de la quit-tance-vente au Procureur général en date du 29 octobre 1963; ils demandaient enfin à être déclarés propriétaires des deux tiers indivis des immeubles sans préjudice au droit d'expropriation du Gouvernement mais sous réserve de leurs droits aux indemnités d'expropriation qui pouvaient leur être dues.

Avant le jugement de la Cour supérieure, ils ont modifié ces conclusions: ils ont ajouté, aux actes dont ils demandaient l'annulation, la quittance du 22 janvier 1971; quant aux autres actes, ils en ont demandé l'annulation pour la totalité, et non pas seulement quant aux deux tiers indivis des immeubles leur appartenant; ils ont cessé de reconnaître le droit d'expropriation du Gouvernement; enfin, ils ont conclu à ce que les intimés Germain et le Procureur général soient condamnés conjointement et solidairement à leur payer la somme de \$93,616.13 plus les intérêts, soit les deux tiers des indemnités versées lors des expropriations.

Selon ces conclusions modifiées, les appelants se trouvaient donc à demander, entre autres, l'annulation complète de certains actes, y compris quant au tiers indivis de leur mère et tutrice. Ils demandaient également les deux tiers de l'indemnité d'expropriation tout en réclamant la propriété du terrain exproprié.

C'étaient là les conclusions demandées à la Cour supérieure et à la Cour d'appel. Toutefois, devant la Cour d'appel, les appelants se sont désistés de leurs conclusions relatives au *jugement Boulangier*.

Devant cette Cour, les appelants ont oralement modifié leurs conclusions pour revenir en partie à leurs conclusions initiales. Ils demandent l'annulation du *jugement Joli-Cœur*, l'annulation complète et la radiation de la vente du 27 août 1947 et de la donation entre vifs du 2 février 1948; quant aux actes qui suivent, ils n'en demandent plus l'annulation que quant aux deux tiers indivis des immeubles qui leur appartiennent; ils ne contestent pas le droit du Gouvernement à l'expropriation et ils reconnaissent son titre mais sous réserve de leur droit à l'indemnité d'expropriation qui doit leur revenir selon la loi; ils demandent enfin à être

finally, they asked to be declared owners of the undivided two-thirds of the residue of the immoveables.

In addition to respondents and the Attorney General, these conclusions are directed against respondent Isabelle Dynes Bigaouette both in her personal capacity and in her capacity as tutrix to her children, and in her capacity as universal legatee of her mother, Sarah Dynes Leclerc; against Lucien Dynes in his capacity as subrogat-tutor as well as in his capacity as universal legatee of his mother Sarah Dynes Leclerc; against Marcel Cloutier, in his capacity as tutor *ad hoc*, and against Juliette Dynes in her capacity as universal legatee of her mother, Sarah Dynes Leclerc. In the Superior Court respondents Germain, on the one hand, Isabelle Dynes Bigaouette, on the other, and the Attorney General submitted separate pleadings. Respondents Lucien Dynes, Marcel Cloutier and Juliette Dynes declared that they submit to justice.

#### II—The judgments of the Superior Court and of the Court of Appeal

The Superior Court judgment, rendered by Georges Pelletier J., dismissed appellants' action for the following reasons.

An appeal did lie from the *Boulangier judgment* and the *Joli-Cœur judgment*, but the appeal periods had expired and these judgments had acquired the force of *res judicata*; the action was an attempt to appeal from these judgments and the Superior Court had no jurisdiction to rescind them or revoke them.

Respondents Germain were *bona fide* third parties because the *Boulangier judgment* was of such a nature as to lead them to believe that there was no defect in the seller's title. As they had purchased in good faith in these circumstances, respondents Germain became owners of the immoveables.

Further, the sale authorized by the *Boulangier judgment* was held to be a sale by judicial authority and the tutrix could purchase the immoveables in that case, as provided in art. 1484 of the *Civil Code*.

déclarés propriétaires des deux tiers indivis du résidu des immeubles.

Outre les intimés et le Procureur général, ces conclusions sont dirigées contre l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette tant en sa qualité personnelle qu'en sa qualité de tutrice à ses enfants et en sa qualité de légataire universelle de sa mère, Sarah Dynes Leclerc; contre Lucien Dynes tant en sa qualité de subrogé tuteur qu'en sa qualité de légataire universel de sa mère Sarah Dynes Leclerc; contre Marcel Cloutier, en sa qualité de tuteur *ad hoc* et contre Juliette Dynes en sa qualité de légataire universelle de sa mère, Sarah Dynes Leclerc. En Cour supérieure, les intimés Germain, d'une part, Isabelle Dynes Bigaouette, d'autre part et le Procureur général ont offert des plaidoyers distincts. Quant aux intimés Lucien Dynes, Marcel Cloutier et Juliette Dynes, ils ont déclaré s'en rapporter à la justice.

#### II—Le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel

Le jugement de la Cour supérieure, rendu par le juge Georges Pelletier, rejette l'action des appelants pour les motifs suivants.

Le jugement *Boulangier* et le jugement *Joli-Cœur* étaient susceptibles d'appel, mais les délais d'appel sont expirés et ces jugements ont acquis force de chose jugée; l'action est une tentative d'appeler de ces jugements et la Cour supérieure n'a pas juridiction pour les rescinder ou les rétracter.

Les intimés Germain étaient des tiers de bonne foi parce que le jugement *Boulangier* était de nature à leur faire croire qu'il n'y avait aucune irrégularité dans le titre de la venderesse. En achetant de bonne foi, dans ces conditions, les intimés Germain sont devenus propriétaires des immeubles.

Au surplus, la vente autorisée par le jugement *Boulangier* serait une vente par autorité judiciaire et la tutrice pouvait se porter acquéreur des immeubles dans ce cas, comme le prescrit l'art. 1484 du *Code civil*.

Finally, the trial judge dismissed the allegations of appellant Mariette Denis, to the effect that her intervention in the deed of June 17, 1960 was forced from her by violence and fear.

The trial judge ordered appellants to pay costs as to respondents Germain and the Attorney General, but he denied respondent Isabelle Dynes Bigaouette the costs of her defence.

The judgment of the Court of Appeal, [1978] C.A. 539, was rendered by Lajoie and Kaufman J.J.A., and by Lamer J.A., as he then was. The principal reasons were written by Lamer J.A., concurred in by his two brother judges. Lajoie J.A. added brief observations.

The Court of Appeal concurred with the view of the Superior Court that respondents Germain were *bona fide* third party purchasers, in view of the *Boulangier judgment*: they acquired a good title and transmitted a good title to the Attorney General. In these circumstances, the *Joli-Cœur judgment* was not necessary. The Court of Appeal did not have to decide on the *Boulangier judgment*, which was no longer in issue. The Court of Appeal held that these judgments of voluntary jurisdiction did not have the force of *res judicata*. It nonetheless refused to revoke the *Joli-Cœur judgment*. The Court of Appeal did not rule on the specific case of appellant Mariette Denis. It did not have to do so, in view of its other findings. It dismissed the appeal with costs.

### III—Preliminary question: cessation of the tutorship

There is one preliminary question which was not raised in the pleadings in this Court, or by the Court of Appeal, the Superior Court or the *Joli-Cœur judgment*. However, I do not think it can be passed over without comment.

At the time of her remarriage, respondent Isabelle Dynes Bigaouette was subject to art. 283 of the *Civil Code*, a provision which was amended in 1964 (1964 (Qué.), c. 66, art. 5) and repealed in 1969 (1969 (Qué.), c. 77, art. 11). On the day of her remarriage the provision read as follows:

Enfin, le premier juge rejette les allégations de l'appelante Mariette Denis, selon lesquelles son intervention à l'acte du 17 juin 1960 lui aurait été arrachée par la violence et la crainte.

<sup>a</sup>

Le premier juge condamne les appelants aux dépens quant aux intimés Germain et quant au Procureur général, mais il refuse à l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette les frais de sa défense.

<sup>b</sup>

L'arrêt de la Cour d'appel, [1978] C.A. 539, a été rendu par les juges Lajoie et Kaufman ainsi que le juge Lamer, maintenant juge de cette Cour. Les motifs principaux ont été rédigés par le juge Lamer, avec lequel s'accordent ses deux collègues. Le juge Lajoie y ajoute de brèves observations.

<sup>c</sup>

La Cour d'appel est d'accord avec la Cour supérieure relativement au fait que les intimés Germain sont des tiers acquéreurs de bonne foi, vu le *jugement Boulangier*; ils ont acquis un bon titre et ont transmis un bon titre au Procureur général. Dans ces conditions, le *jugement Joli-Cœur* n'était pas nécessaire. La Cour d'appel n'a pas non plus à se prononcer sur le *jugement Boulangier* qui n'est plus contesté. La Cour d'appel opine que ces jugements de juridiction gracieuse n'ont pas la force de chose jugée. Elle refuse néanmoins de rétracter le *jugement Joli-Cœur*. La Cour d'appel ne se prononce pas sur le cas particulier de l'appelante Mariette Denis: elle n'a pas à le faire, compte tenu de ses autres conclusions. Elle rejette l'appel avec dépens.

<sup>d</sup>

### III—Question préliminaire: la cessation de la tutelle

Il se pose une question préliminaire qui n'a été soulevée ni dans les plaidoiries devant cette Cour, ni par la Cour d'appel, ni par la Cour supérieure, ni par le *jugement Joli-Cœur*. Mais il me paraît impossible de la passer sous silence.

<sup>e</sup>

Au moment de son mariage, l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette se trouvait régie par l'art. 283 du *Code civil*, une disposition qui a été modifiée en 1964 (1964 (Qué.), chap. 66, art. 5) puis abrogée en 1969 (1969 (Qué.), chap. 77, art. 11). Voici comment, le jour de ce mariage, se lisait la disposition:

<sup>f</sup>

<sup>g</sup>

283. A woman who has been appointed to a tutorship is deprived of it from the day on which she marries or remarries, and the husband of the tutrix remains responsible for administration of the property of the minors during such marriage until a new tutor is appointed, even if there be not community.

Respondent Isabelle Dynes Bigaouette therefore ceased to be tutrix on October 25, 1947, and nothing in the record suggests that she was re-appointed as she was entitled to do, though only with her husband, pursuant to art. 282 of the *Civil Code* then in effect.

The question is whether this fact affects the outcome of the case.

I do not think so.

To begin with, the first of the deeds in the chain of title which appellants are asking be annulled was made on August 27, 1947, at a time when respondent Isabelle Dynes Bigaouette was still tutrix.

Also, it appears to me that the incapacities imposed on a tutor regarding purchasing the property of his pupil must continue when, although deprived of his function, he in fact assumes the tutorship and indefinitely prolongs his administration as the result of an error, his ignorance of the law or for some other reason: the minor needed this protection against his *de jure* tutor; he has no less need of it against his *de facto* tutor.

A French jurist, Paul Sumien, writes in an "Essai sur les tuteurs de fait", (1903) 2 *Rev. trim. dr. civ.* 781, at pp. 781, 788 and 806:

[TRANSLATION] The expression *de facto* tutor is self-explanatory. A *de facto* tutor may be contrasted with a *de jure* tutor: he is someone who "wrongfully" assumes a tutorship, who acts as tutor without being legally entitled to do so. This frequently happens. It results in somewhat delicate situations, comparable to those caused by any *de facto* situation which comes into being and continues, sometimes for many years, outside the law, one might say in breach of all its provisions; however, this *de facto* situation has produced legal effects; what principles of law apply? That is the question raised by the *de facto* tutorship.

283. La femme qui a été nommée tutrice est privée de cette charge du jour où elle se marie ou se remarie, et le mari de la tutrice demeure responsable de la gestion des biens des mineurs pendant ce mariage, même au cas où il n'y aurait pas de communauté, jusqu'à ce qu'un nouveau tuteur soit nommé.

L'intimée Isabelle Dynes Bigaouette a donc cessé d'être tutrice le 25 octobre 1947 et rien au dossier n'indique qu'elle ait été reconduite à cette charge comme elle avait droit de l'être mais seulement avec son mari, en conformité de l'art. 282 du *Code civil* alors en vigueur.

Il faut décider si cette circonstance affecte le sort du litige.

Je ne le pense pas.

D'abord le premier des actes de la chaîne de titres dont les appelants demandent l'annulation a été posé le 27 août 1947 alors que l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette était encore tutrice.

Il me paraît ensuite que les incapacités dont souffre un tuteur relativement à l'acquisition des biens de son pupille doivent continuer lorsque, privé de sa charge, il assume effectivement la tutelle et prolonge indéfiniment son administration par suite d'une erreur, de son ignorance de la loi ou pour toute autre cause: le mineur avait besoin de cette protection contre son tuteur de droit; il n'en a pas moins besoin contre son tuteur de fait.

Un juriste français, Paul Sumien, écrit dans un «Essai sur les tuteurs de fait», (1903) 2 *Rev. trim. dr. civ.* 781, aux pp. 781, 788 et 806:

L'expression de *tuteur de fait* se comprend d'elle-même. Le tuteur de fait s'oppose au tuteur de droit; c'est celui qui s'empare «indûment» d'une tutelle, agit comme un tuteur sans en avoir légalement le titre. Ceci est très fréquent. Il en résulte des difficultés assez délicates, analogues à celles que provoque toute situation de fait qui s'établit et subsiste, durant de longues années parfois, en marge de la loi, peut-on dire, en violation de toutes ses prescriptions: cet état de fait a cependant engendré des effets juridiques; à quels principes de droit obéissent-ils? Telle est la question que fait naître la tutelle de fait.

Another practical hypothesis is that of the mother, the tutrix at law, who remarries without obtaining authorization from the family council to continue as tutrix. She loses the tutorship by the operation of law and thus becomes, with her second husband, *de facto* tutrix.

17.—*Incapacities imposed on the tutor.* For obvious reasons, the law imposes certain incapacities on the tutor with regard to his pupil. Thus, Art. 450(3) of the *Civil Code* states that he cannot buy the minor's property nor take a lease of it, unless the family council has authorized the subrogate-tutor to lease it to him, nor may he accept the transfer of any right or debt against his pupil.

These various provisions are applicable to the *de facto* tutor. The contrary has been argued, noting the principle that incapacities are narrow in nature and cannot be extended to anyone but those to whom they are expressly made applicable by law. However, applying these incapacities to the *de facto* tutor is not extending them. The law imposes them on everyone who is a tutor, without distinction: the reasons for their being imposed on the *de jure* tutor have even more force with regard to the *de facto* tutor. The reason the legislator wanted a minor who has attained legal age to be unable to make a disposition in favour of his tutor before the final accounting for the tutorship has been rendered and verified is that until that time he is dependent on the tutor, and as the latter is still in possession of his entire property, he can use against him schemes of captation, influence, authority and even restraint. As such schemes are the same for someone who has been a *de facto* tutor as for someone who has been a *de jure* tutor, the reason for exclusion must be the same for either person.

On the other hand, L.P. Sirois (*Tutelles et curatelles*, 1911, at p. 298) observes:

[TRANSLATION] 366.—Let us assume that the tutorship has ceased and that the tutor has not yet rendered his account. Do the incapacities imposed on him by law with regard to his pupil disappear when his functions expire? - Yes, they undoubtedly do.

Thus, in accordance with this principle, the tutor who could not buy the minor's property, take a lease of it and so on would be able to do so although he has not rendered an account. By subjecting the tutor to these incapacities so far as his pupil is concerned, the law sought to prevent the tutor from doing any act in which he might have an interest opposed to that of his pupil. These reasons disappear when the tutorship ceases, since the minor can now validly act on his own; and the incapacities disappear.

Une autre hypothèse pratique est celle de la mère, tutrice légale, qui se remarie sans se faire maintenir dans la tutelle par le conseil de famille. Elle perd la tutelle de plein droit et devient ainsi, avec son second mari, tutrice de fait.

17.—*Incapacités qui frappent le tuteur.* La loi, dans un but aisé à deviner, frappe le tuteur de certaines incapacités à l'égard de son pupille. C'est ainsi que, dans l'article 450, al. 3, du Code civil, elle déclare qu'il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

Ces diverses dispositions sont applicables au tuteur de fait. On l'a nié, en rappelant le principe que les incapacités sont d'ordre étroit et ne peuvent être étendues à d'autres personnes que celles que la loi vise expressément. Mais ce n'est pas étendre ces incapacités que de les appliquer au tuteur de fait. La loi les prononce contre tous ceux qui ont été tuteurs, sans distinction; les motifs qui les ont fait édicter contre le tuteur de droit ont encore plus de force en ce qui concerne les tuteurs de fait. La raison pour laquelle le législateur a voulu que le mineur, devenu majeur, ne puisse disposer en faveur de son tuteur avant que le compte définitif de tutelle soit rendu et apuré, c'est que, jusqu'alors, il est dans la dépendance de ce tuteur qui, encore possesseur de toute sa fortune, peut user envers lui de moyens de captation, d'influence, d'autorité et même de contrainte. Ces moyens étant les mêmes pour celui qui a été tuteur de fait que pour celui qui a été tuteur de droit, la raison d'exclusion doit être la même pour l'un et pour l'autre.

D'autre part L.P. Sirois, (*Tutelles et curatelles*, 1911, à la p. 298), enseigne:

366.—Supposons que la tutelle ait cessé et que le tuteur n'ait pas encore rendu son compte. Les incapacités dont il est frappé par la loi, à l'égard de son pupille, disparaissent-elles à l'expiration de ses fonctions? Oui, sans aucun doute.

Ainsi, comme application de ce principe, le tuteur qui ne peut acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, etc., le pourra, malgré qu'il n'ait pas rendu compte. En frappant le tuteur de ces incapacités à l'égard de son pupille, la loi voulait empêcher le tuteur de faire aucun acte où il aurait un intérêt contraire à celui de son pupille. Ces raisons disparaissent avec la cessation de la tutelle, puisque le mineur peut valablement agir seul maintenant; et les incapacités disparaissent également.

We do not have to rule on the case of a minor who has reached legal age, and is not devoid of means of protecting himself. In the case at bar, appellants remained subject to incapacity after their mother remarried, and, since she in fact continued to act as their tutrix, the prohibition of arts. 290 and 1484 of the *Civil Code* must be applied to her. It is sufficient to note that it was she who, on April 23, 1960, applied to the Superior Court for authorization in her capacity as tutrix to convey the rights of her as yet minor children to the Minister of Roads.

If, as I think, appellants' action must succeed, this conclusion is not affected by the fact that respondent Isabelle Dynes Bigaouette was deprived of her responsibility as tutrix by her remarriage.

#### IV—Defective acquisition by tutrix

There is no doubt as to this defect, and respondents Germain indeed conceded the point in their factum:

[TRANSLATION] Appellants devoted several pages of their factum to establishing that the sale by the tutrix of her pupils' immoveables to herself was defective: this is not in doubt, since article 1484 C.C. says so specifically, and we admit that the only exception to this article is contained in article 1355 of the then Code of Civil Procedure.

It is therefore quite certain that the minors had an action to annul or for an accounting against the tutrix: the question is whether they had one against respondents.

1. *The sale of August 27, 1947 is not a sale authorized by art. 1484 of the Civil Code*

The reference made by respondents Germain to art. 1355 of the *Code of Civil Procedure* in effect at that time leads me to consider without further delay one of the arguments accepted by the trial judge in concluding that the tutrix's titles were valid. This argument is that the sale of August 27, 1947 was a sale by judicial authority in view of the *Boulangier judgment*, which authorized it. The trial judge cited the following passages from Sirois (*supra*, at pp. 268 and 269) on which he relied:

[TRANSLATION] . . . The sale of the property of minors, made pursuant to an order of a judge on advice of a family council, is a judicial sale. Accordingly, under the

Nous n'avons pas à statuer sur le cas du mineur devenu majeur, qui n'est pas dépourvu des moyens de se protéger. En l'espèce, les appelants restaient des incapables après le remariage de leur mère et, puisque celle-ci a de fait continué d'agir comme leur tutrice, il faut lui appliquer la prohibition des art. 290 et 1484 du *Code civil*. Il suffit de rappeler que c'est elle qui, le 23 avril 1960, s'adresse à la Cour supérieure pour lui demander l'autorisation de céder, ès qualité, les droits de ses enfants encore mineurs au ministre de la Voirie.

Si, comme je le pense, l'action des appelants doit réussir, cette conclusion n'est pas affectée du fait que l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette a été privée de sa charge de tutrice par son remariage.

#### a IV—Irrégularité de l'acquisition par la tutrice

Cette irrégularité ne fait aucun doute et d'ailleurs les intimés Germain, pour leur part, la concèdent dans leur mémoire:

e Les appelants consacrent plusieurs pages de leur mémoire à établir que la vente par la tutrice des immeubles de ses pupilles à elle-même est irrégulière: cela est bien certain puisque l'article 1484 C.C. le dit en toute lettre, et nous admettons que la seule exception à cet article se trouvait à l'article 1355 du Code de procédure civile à l'époque.

f Aussi est-il bien certain que les mineurs avaient une action en annulation ou en reddition de compte contre la tutrice: toute la question étant de savoir s'ils en ont une contre les intimés.

1. *La vente du 27 août 1947 n'est pas une vente permise par l'art. 1484 du Code Civil*

h La référence faite par les intimés Germain à l'art. 1355 du *Code de procédure civile* en vigueur à l'époque m'amène à examiner dès maintenant l'un des moyens retenus par le premier juge pour conclure à la régularité des titres de la tutrice. Ce moyen, c'est que la vente du 27 août 1947 serait une vente par autorité judiciaire vu le *jugement Boulangier* qui l'autorise. Et le premier juge de citer les passages suivants de Sirois (précité, aux pp. 268 et 269) sur lesquels il s'appuie:

i . . . la vente des biens des mineurs, faite en vertu d'une ordonnance du juge sur avis du conseil de famille, est une vente en justice. Par conséquent, aux termes de



terms of Art. 1484 the tutor may in principle be a purchaser in such a sale.

The sale of the property of minors, in accordance with an order of a judge on advice of a family council, in our opinion offers a better guarantee of impartiality by the tutor than a sheriff's sale. For such a sale to take place, some expertise must be involved: experts value the immoveables for sale under oath, and make a report; this report is submitted to the family council, and the judge then approves the expert report and fixes the upset price, which cannot be less than the value found by the experts.

It should be borne in mind that the rule of Art. 1484 is an exception to the power of any person to purchase, and that exceptions must be strictly interpreted. It would be extending this exception not to recognize the right of the tutor to purchase in this case.

This argument is incorrect in law and it should be noted that it was not adopted by either the Court of Appeal or any of the respondents.

In the passages cited by the trial judge, Sirois deals with immoveables owned exclusively by minors, the sale of which is authorized by a judge. Sirois wonders whether the tutor can be a purchaser, and at p. 270 of his text, he finally concludes that this is not possible, contrary to the view taken by the trial judge.

In the case at bar, the immoveables were owned in undivided shares by the pupils and the tutrix, and the procedure prescribed for the sale of such immoveables, allowing the tutor exceptionally to be a purchaser, is contained in art. 1355 of the *Code of Civil Procedure* in effect at the time.

1355. In the case of a voluntary licitation of an immovable held undividedly between a tutor and his pupil, and which cannot be advantageously divided, proceedings are had in the manner above-mentioned, and no purchase of it by the tutor is valid unless the minor is represented at the sale by a tutor *ad hoc*.

This procedure is a sale at auction and, as provided by art. 1355, the tutor can only be a purchaser if the minors are represented in the sale by a tutor *ad hoc*. This provision is moreover only an application of the general principle stated in art. 269 of the *Civil Code*:

l'article 1484, le tuteur pourrait, en principe, se porter adjudicataire à une telle vente.

La vente de biens des mineurs, en vertu d'une ordonnance du juge sur avis du conseil de famille, offre, suivant nous, plus de garantie d'impartialité de la part du tuteur que la vente par décret. En effet, pour arriver à cette vente, il faut une expertise; les experts, sous serment, évaluent les immeubles à vendre, et font un rapport; ce rapport est soumis au conseil de famille, puis le juge approuve cette expertise et fixe la mise à prix qui ne peut être moindre que la valeur constatée par les experts.

Il ne faut pas oublier que la règle de l'article 1484 est une exception au pouvoir d'acheter de toute personne, et que les exceptions sont de stricte interprétation. Ce serait donc étendre cette exception que de ne pas reconnaître au tuteur le droit d'acheter dans ce cas.

Ce moyen est mal fondé en droit et il est à remarquer que ni la Cour d'appel ni aucun des intimés ne le prennent à leur compte.

Dans les passages cités par le premier juge, Sirois traite d'immeubles qui appartiennent exclusivement à des mineurs et dont la vente est autorisée par un juge. Sirois se demande si le tuteur peut s'en porter acquéreur et, à la p. 270 de son ouvrage, il finit par conclure qu'il ne le peut pas, contrairement à ce que pense le premier juge.

En l'espèce, les immeubles appartiennent de façon indivise aux pupilles et à la tutrice, et la procédure prescrite pour la vente de ces immeubles et qui, par exception, permet au tuteur de se porter acquéreur, est prévue à l'art. 1355 du *Code de procédure civile* en vigueur à l'époque.

1355. Dans le cas de licitation volontaire d'un immeuble possédé par indivis par le tuteur et ses pupilles et qui ne peut se partager commodément, il est procédé en la forme ci-dessus, et l'adjudication au tuteur n'est pas valable si les mineurs ne sont pas représentés à la vente par un tuteur *ad hoc*.

Cette procédure est la vente aux enchères et, comme le prescrit l'art. 1355, le tuteur ne peut se porter adjudicataire que si les mineurs sont représentés à la vente par un tuteur *ad hoc*. Cette disposition n'est d'ailleurs qu'une application du principe général énoncé à l'art. 269 du *Code civil*:

269. If during the tutorship a minor happen to have any interests to discuss judicially with his tutor he is for such case given a tutor *ad hoc* whose powers extend only to the matters to be so discussed.

At pages 269 and 270 of his text, Sirois acknowledges that the exception of art. 1484 of the *Civil Code* is limited by art. 1355 of the *Code of Civil Procedure* in effect at the time:

[TRANSLATION] What should be said about the sale of an immoveable owned by the minor in its entirety?

Can the tutor be a purchaser in such a sale, authorized by the judge on the advice of a family council, even after having obtained the appointment of a tutor *ad hoc*? If we had only article 1484 he could: however, article 1355 of the Code of Civil Procedure allows the tutor to be a purchaser only of an immoveable which he holds in undivided shares with the minor, and excludes any other sale: *Inclusio unius, exclusio alterius*. It would appear that if the legislator had wanted to give the tutor this right, he would not simply have specified the case of a undivided ownership by the tutor and his pupils, as he did in article 1355. This article therefore amends article 1484.

If the tutor were a purchaser in such a sale, he could not give himself a title: for the sale is made by the tutor and the subrogate-tutor. If the law allowed a tutor *ad hoc* to be appointed in this particular case, as in the case of article 1355 of the Code of Civil Procedure, there would be less doubt, as the tutor *ad hoc* could give a title to the purchasing tutor, but that is not the case. As we have seen, a tutor *ad hoc* can only be appointed in the cases provided for by law. It therefore follows that the sale to a tutor of the immoveable of a minor in a sale of such immoveables is only valid in the case of article 1355.

We have often seen cases of tutors taking the most involved measures to become owners of their pupils' immoveables. The method most generally used is that of having the immoveable purchased by someone who, a few days later, conveys it to the tutor. This procedure is absolutely illegal. The tutor does not acquire a valid title by this means. No one may do through a person interposed what he may not do directly. Article 1484 says so expressly.

Trudel is of the same view as Sirois: *Traité de Droit civil du Québec*, vol. 2, 1942, at p. 295.

See also Henri Turgeon, "Pratique notariale", (1950) 52 *R. du N.* 417, at pp. 418 and 419.

269. Si pendant la tutelle il arrive que le mineur ait des intérêts à discuter en justice avec son tuteur, on lui donne, pour ce cas, un tuteur *ad hoc*, dont les pouvoirs s'étendent seulement aux objets à discuter.

Aux pages 269 et 270 de son ouvrage, Sirois reconnaît que l'exception de l'art. 1484 du *Code civil* est limitée par l'art. 1355 du *Code de procédure civile* en vigueur à l'époque:

Que devons-nous décider s'il s'agit de la vente d'un immeuble appartenant pour la totalité au mineur?

Le tuteur peut-il s'en porter adjudicataire à une telle vente, autorisée par le juge sur avis du conseil de famille, même après avoir fait nommer un tuteur *ad hoc*? Il le pourrait, si nous n'avions que l'article 1484. Mais l'article 1355 du code de procédure, ne permettant au tuteur de se porter adjudicataire que de l'immeuble qu'il possède par indivis avec le mineur exclut toute autre vente, *Inclusio unius, exclusio alterius*. Il nous semble que si le législateur eût voulu donner ce droit au tuteur, il n'aurait pas simplement spécifié le cas d'une propriété indivise du tuteur et de ses pupilles, comme il l'a fait dans cet article 1355. Cet article modifie donc l'article 1484.

A une telle vente, si le tuteur se portait adjudicataire, il ne pourrait se donner un titre à lui-même; car c'est le tuteur et le subrogé-tuteur qui font la vente. Si la loi permettait la nomination d'un tuteur *ad hoc*, pour ce cas particulier, comme pour celui de l'article 1355 du code de procédure, il y aurait moins de doute, car le tuteur *ad hoc* pourrait donner un titre au tuteur adjudicataire, mais il n'en est rien. Et nous avons vu qu'un tuteur *ad hoc* ne peut être nommé que dans les cas prévus par la loi. Il nous faut donc conclure que l'adjudication au tuteur, à une vente de biens des mineurs, d'un immeuble du mineur ne vaut que dans le cas de l'article 1355.

Nous avons vu souvent des tuteurs prendre des moyens détournés pour devenir propriétaires des immeubles de leurs pupilles. Le mode le plus généralement employé est celui de faire acquérir l'immeuble par une personne qui, quelques jours après, le cède au tuteur. Ce moyen est absolument illégal. Le tuteur n'acquiert pas ainsi un titre valable. Une personne ne peut pas faire par personne interposée ce qu'elle ne peut faire directement. L'article 1484 le dit bien formellement.

Trudel est du même avis que Sirois: *Traité de Droit civil du Québec*, t. 2, 1942, à la p. 295.

Voir aussi Henri Turgeon, «Pratique notariale», (1950) 52 *R. du N.* 417, aux pp. 418 et 419.

Finally, see *McGregor v. Canada Investment and Agency Co.*, (1890) M.L.R. 6 S.C. 196, a case the facts of which are very similar to those in the case at bar. The headnote reads in part:

A sale under judicial authorisation is also null, where the property of a minor not represented by a tutor *ad hoc*, is sold to his tutrix through persons interposed who were merely *prête-noms*, and made no payment on account of the price.

In the case at bar, the mother of the tutrix paid, but with the money of the tutrix, to whom she later gave the immovable gratuitously.

The *Boulanger judgment* therefore does not have the effect of correcting the defective titles.

I would add that this judgment authorized the tutrix to sell to a third party by mutual consent the share of her pupils as well as her own; but it in no way authorized her to purchase that share, directly or indirectly, as she in fact did. It did not authorize the tutrix to emerge from the undivided ownership acquiring the share of her pupils by this procedure. This is undoubtedly why in the Court of Appeal appellants withdrew their conclusions against the *Boulanger judgment*: although that judgment may have been wrongly obtained, as the trial judge suggested, it in no way affects the outcome of the case, since it can be seen from reading the judgment that it does not purport to authorize the tutrix to act as she did.

## 2. Defects of the sale of August 27, 1947 and of the gift of February 2, 1948

I now come to the defects vitiating the sale of August 27, 1947 and the gift *inter vivos* of February 2, 1948.

It is clear that the Court of Appeal would have allowed appellants' action if that action had been brought only against their mother and tutrix, and if the latter had been the only apparent owner of the immovables. Lamer J.A. said on this point [at p. 547]:

[TRANSLATION] It is . . . with no hesitation that I come to the conclusion, distressing though it may be, that when she asked Boulanger J. to authorize the sale of her children's share, the tutrix had then decided with, if not the complicity at least the concurrence of her mother, to purchase the property of her pupils through persons

Voir enfin *McGregor v. Canada Investment and Agency Co.*, (1890) M.L.R. 6 S.C. 196, une affaire dont les faits ressemblent fort à ceux de l'espèce. Le sommaire se lit en partie comme suit:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Une vente autorisée en justice est également nulle si le bien d'un mineur qui n'est pas représenté par un tuteur *ad hoc* est vendu à sa tutrice par personne interposée qui a agi comme simple prête-nom et n'a pas versé de pris de vente.

<sup>b</sup> En l'espèce, la mère de la tutrice a payé, mais avec l'argent de la tutrice à qui plus tard elle rend l'immeuble gratuitement.

<sup>c</sup> Le jugement *Boulanger* n'a donc pas pour effet de régulariser les titres.

<sup>d</sup> J'ajoute que ce jugement autorisait la tutrice à vendre de gré à gré à un tiers la part de ses pupilles en même temps que la sienne. Mais il ne l'autorisait en aucune façon à acquérir directement ou indirectement cette part comme elle l'a fait effectivement. Il n'autorisait pas la tutrice à sortir de l'indivision en acquérant la part de ses pupilles par cette procédure. C'est sans doute la raison pour laquelle en Cour d'appel les appelants ont abandonné leurs conclusions contre le jugement *Boulanger*: même si ce jugement a pu être obtenu irrégulièrement, comme le laisse entendre le premier juge, il ne change rien au sort du litige puisqu'à sa lecture même il ne prétend pas autoriser la tutrice à agir comme elle l'a fait.

## 2. Vices de la vente du 27 août 1947 et de la donation du 2 février 1948

J'arrive maintenant aux vices dont sont entachées la vente du 27 août 1947 et la donation entre vifs du 2 février 1948.

<sup>h</sup> Il est certain que la Cour d'appel aurait accueilli l'action des appelants si cette action avait été dirigée seulement contre leur mère et tutrice dans l'hypothèse où cette dernière serait seule propriétaire apparente des immeubles. Voici ce que le juge Lamer écrit à ce sujet [à la p. 547]:

<sup>i</sup> C'est [. . .] sans aucune hésitation que j'en viens à la conclusion, toute pénible qu'elle puisse être, que lorsqu'elle demandait au juge Boulanger l'autorisation de vendre la part de ses enfants, la tutrice avait dès lors décidé avec, sinon la complicité du moins l'aide de sa mère, d'acquérir par personnes interposées les biens de

interposed. While it is clear that she did not contravene the judgment of Boulanger J., it is equally clear that she contravened the prohibitions of articles 290 and 1484 of the *Civil Code*. As a consequence, I am of the opinion that the sale to her mother and the latter's gift are irremediably vitiated with respect to her children, and would have been even if they had complied with the requirements of the law regarding the disposition of the property of minors on the one hand and gifts *inter vivos* on the other.

Subject to what I said above regarding the *Boulanger judgment*, this conclusion by Lamer J.A. seems to me to follow unavoidably from the evidence.

The family relationship between the tutrix and her mother, the short time which elapsed between the sale and the gift, the fact that they were both registered simultaneously, the fact that the same notary recorded both deeds and presided at the family council which preceded the *Boulanger judgment*, and which specifically requested that the sale to the mother of respondent Isabelle Dynes Bigaouette be authorized, constitute presumptions of fact so strong and concurrent that they alone suffice to indicate that, in the absence of any contrary evidence, those deeds are defective. However, the record contains an actual admission by respondent Isabelle Dynes Bigaouette, to the effect that she agreed from the beginning with her mother that the sale of August 27, 1947 would constitute only the first stage in her own acquiring of the immoveables. She went so far as to advance the sale price to her mother:

[TRANSLATION] Could you explain to us what happened regarding the sale, which involved your mother?

A. The sale involving my mother - well, since I had all the children, they were young, and I had the money . . . I wanted to be in charge of the land, I wanted the land to be mine.

Q. You wanted everything to belong to you?

A. Yes.

Q. So, you say . . . please continue. You were saying?

A. So I told Mom, I said: I will give you the money, buy the land and give it back to me. She said: O.K.

ses pupilles. S'il est clair qu'elle n'a pas contrevenu au jugement du juge Boulanger, il l'est tout autant qu'elle a contrevenu aux interdictions des articles 290 et 1484 du *Code civil*. Par ce fait je suis d'avis que vis-à-vis ses enfants la vente à sa mère et la donation de celle-ci sont irrémédiablement viciées et ce quand bien même eussent-elles respecté les exigences de la loi concernant la disposition des biens des mineurs, d'une part, et, d'autre part, les donations entre vifs.

Sous réserve de ce que je dis plus haut à propos du *jugement Boulanger*, cette conclusion du juge Lamer me paraît découler inéluctablement de la preuve.

La relation de parenté entre la tutrice et sa mère, le peu de temps qui s'est écoulé entre la vente et la donation, la simultanéité des enregistrements, le fait que le même notaire ait reçu les deux actes et présidé au conseil de famille qui a précédé le *jugement Boulanger* et qui demandait spécifiquement l'autorisation de vendre à la mère de l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette, constituent des présomptions de fait si fortes et concordantes qu'elles suffisent à elles seules à faire conclure au vice de ces actes en l'absence d'une preuve contraire. Mais on trouve au dossier l'aveu même de l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette, selon lequel elle s'était entendue dès l'origine avec sa mère pour que la vente du 27 août 1947 ne constitue que la première étape de sa propre acquisition des immeubles. Elle était allée jusqu'à avancer le prix de vente à sa mère:

Pourriez-vous nous expliquer ce qui s'est produit concernant la vente, là, qui intervient à votre mère?

R. La vente qui revient à ma mère, bien, vu que j'avais tous les enfants qui étaient jeunes, et puis l'argent que j'avais je voulais être maître de la terre, je voulais que la terre me reste.

Q. Vous vouliez que tout vous appartienne?

R. Oui.

Q. Alors, vous dites . . . continuons, là. Vous dites?

R. Toujours que j'ai dit à maman, j'ai dit: Je vais te donner l'argent, achète-la la terre puis tu me la redonneras. Elle dit: c'est correct.

That is how it happened. We went to see the notary Duval. The land was sold. We went to see the notary Duval, and I got married. After that, Mom gave me back my land, when I was married to John Bigaouette.

Q. What led you to take this action?

A. Well, I said I am going to be in charge of it and I am going to do what I want with it.

The Court of Appeal therefore properly concluded that between the tutrix and the minors, the sale by the tutrix to her mother and the latter's gift to her daughter are irremediably vitiated.

The most important question in this case is as to whether these defects can be set up against respondents Germain and the Attorney General.

V—Whether defects can be opposed to third parties

1. *Arguments made by the parties*

Appellants contended that respondents Germain are deemed, under a presumption *juris et de jure*, to have known of the entries made in the registry office, that they were accordingly not *bona fide*, and that the Court of Appeal and the Superior Court erred in law in not following the precedents of this Court to the effect that registration constitutes notice to the world: *Meloche v. Simpson* (1899), 29 S.C.R. 375; *Groulx v. Bricault* (1921), 63 S.C.R. 32.

Appellants further contended that good faith does not suffice to vest ownership without prescription of ten years as provided for subsequent purchasers in art. 2251 of the *Civil Code*. In their submission, even if they were in good faith, respondents Germain did not acquire ownership as against appellants, because prescription does not run against minors and the eldest of the appellants, Mariette Denis, did not attain legal age until August 7, 1959, that is less than ten years before the action was brought on May 15 and 16, 1968.

Respondents Germain replied that they were in fact in good faith, as the concurring and unanimous conclusions of the Superior Court and the Court of Appeal found. As to the argument that

C'est de même que ça s'est fait. On a été chez le notaire Duval. La terre s'est vendue. On a été chez le notaire Duval, puis je me suis mariée. Puis après ça, maman m'a redonné ma terre, le temps que j'étais mariée avec John Bigaouette.

Q. Qu'est-ce qui vous a amenée, qu'est-ce qui vous a amenée à poser de tels gestes, là?

R. Bien, j'ai dit: je vais en être maître et je vais en faire ce que je vais vouloir.

La Cour d'appel a donc eu raison de conclure qu'entre la tutrice et les mineurs, la vente de la tutrice à sa mère et la donation de celle-ci à sa fille sont irrémédiablement viciées.

La question la plus importante dans ce litige est celle de savoir si ces vices sont opposables aux intimés Germain et au Procureur général.

V—Opposabilité des vices aux tiers

1. *Moyens invoqués par les parties*

Les appelants plaident que les intimés Germain sont censés, en vertu d'une présomption *juris et de jure*, avoir connu les inscriptions faites au bureau d'enregistrement, qu'ils n'étaient par conséquent pas de bonne foi et que la Cour d'appel et la Cour supérieure ont erré en droit en ne suivant pas la jurisprudence de cette Cour et selon laquelle l'enregistrement constitue une dénonciation à tout le monde: *Meloche c. Simpson* (1899), 29 R.C.S. 375; *Groulx c. Bricault* (1921), 63 R.C.S. 32.

Les appelants plaident en outre que la bonne foi ne suffit pas à faire acquérir la propriété sans la prescription de dix ans des tiers acquéreurs prévue à l'art. 2251 du *Code civil*. Or, même s'ils étaient de bonne foi, les intimés Germain n'auraient pas acquis la propriété à l'encontre des appelants car la prescription ne court pas contre les mineurs et l'aînée des appelants, Mariette Denis, n'est devenue majeure que le 7 août 1959, soit moins de dix ans avant l'institution de l'action, les 15 et 16 mai 1968.

Les intimés Germain répondent qu'ils étaient de bonne foi en fait, comme en décident les conclusions concordantes et unanimes de la Cour supérieure et de la Cour d'appel. Quant à l'argument

they are deemed in law to have known of the defects in title as a result of the registration, they contended that this was a specious argument because an examination of the registered titles would not have disclosed what the evidence at the trial showed, namely that on August 27, 1947 a secret agreement existed between the tutrix and her mother that the immoveables would be subsequently re-transferred to the tutrix.

Respondents Germain relied primarily on the analysis of the French jurist Solon, *Théorie sur la nullité des actes et des conventions*, vol. 2, Paris, 1835, at pp. 134 *et seq.* According to that analysis, the principle that termination of the right of the donor entails termination of the right of the receiver is subject to certain exceptions, including the following: when a deed is not void but merely voidable for a cause which is not apparent, the action in nullity does not reach as far as the *bona fide* third party. This theory was adopted in Quebec by Trudel, *supra*, vol. 7, at pp. 215 *et seq.* Marler also favours this theory, in his *Law of Real Property* (1932), at pp. 393 and 394.

## 2. Whether defects can be set up against respondents Germain

### A. Analysis of facts

The starting point is the notarial deed of March 7, 1956, by which respondent Isabelle Dynes Bigaouette sold the immoveables to the Germain. Assisted by her husband, she stated that she sold, with all legal warranties, free and clear of all charges and hypothecs, to Victor Germain, businessman, and Yves Germain, real estate broker, [TRANSLATION] "here present and accepting", the immoveables described below. The deed then indicated the seller's title:

#### [TRANSLATION] TITLE

The said immoveable belongs to the seller, who acquired it from her mother Dame Sarah Leclerc, widow of Mr. William Herbert Dynes, by a gift recorded before Mr. Arthur Duval, notary, on February 2, 1948, as No. 15,780 of his minutes, duly registered at Quebec City, on February 5 following, as No. 321,716.

Among the charges and conditions, there are the following:

selon lequel ils seraient censés en droit avoir connu les vices du titre par suite de l'enregistrement, ce serait selon eux un argument spécieux car l'examen des titres enregistrés n'aurait pas révélé ce qu'a révélé la preuve au procès, savoir que dès le 27 août 1947, il existait une entente secrète entre la tutrice et sa mère à l'effet de rétrocéder subsequmment les immeubles à la tutrice.

Les intimés Germain invoquent principalement la doctrine du juriste français Solon, *Théorie sur la nullité des actes et des conventions*, t. 2, Paris, 1835, aux pp. 134 et suiv. Selon cette doctrine, le principe qui veut que la résolution du droit de celui qui donne entraîne la résolution du droit de celui qui reçoit, connaîtrait certaines exceptions dont la suivante: lorsqu'un acte n'est pas nul mais seulement annulable pour une cause qui n'est pas apparente, l'action en nullité ne rejaillit pas sur le tiers de bonne foi. Cette théorie a été reprise au Québec par Trudel, précité, t. 7, aux pp. 215 et suiv. Marler favorise également cette théorie dans *Law of Real Property* (1932), aux pp. 393 et 394.

## 2. Opposabilité des vices aux intimés Germain

### A. Analyse des faits

Il faut partir de l'acte notarié du 7 mars 1956 par lequel l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette a vendu les immeubles aux Germain. Assistée de son mari, elle déclare avoir vendu, avec toutes les garanties de droit, franc et quitte de toutes charges et hypothèques, à Victor Germain, négociant, et Yves Germain, agent d'immeuble, «à ce présents et acceptant» les immeubles dont la désignation suit. L'acte mentionne ensuite le titre de la venderesse:

#### TITRE

A La Venderesse appartient le dit immeuble pour l'avoir acquis de sa mère Dame Sarah Leclerc, veuve de Sieur William Herbert Dynes, aux termes d'une donation reçue devant M<sup>e</sup> Arthur Duval, notaire le 2 février 1948, sous le numéro 15,780 de ses minutes, dûment enregistrée à Québec, le 5 février suivant sous le numéro 321,716.—

Parmi les charges et conditions, on trouve les suivantes:

[TRANSLATION] This sale is made subject to the following charges and conditions, which the purchasers undertake to observe, namely:

3.—Not to require the seller to provide copies of her titles or a title search certificate, and the purchasers shall obtain at their own expense all documents which they may need;

The deed concluded with provisions relating to price and statements concerning the civil and matrimonial status of the parties.

Although he was a real estate broker and this was not his first purchase of land, respondent Yves Germain, who in this one instance was joined by his brother-in-law, respondent Victor Germain, did not have a title search made. He testified that this was not his practice.

There is accordingly nothing in the evidence to indicate that respondents Germain did not believe or had any reason to disbelieve the statement of the seller that she was owner of the immoveables, as a consequence of acquiring them from her mother as a gift. Respondents Germain were in fact unaware of the defects in their predecessor's title.

However, it is a mistake to conclude, as did the Superior Court and the Court of Appeal, that the source of their good faith, if any, is the *Boulangier judgment* which authorized the first sale: according to the preponderance of the evidence, respondents Germain only learned of the *Boulangier judgment* four years after they purchased the immoveables. The judgment was not registered until 1960; additionally, as the deed of sale of March 7, 1956 indicates, the purchasers did not request that the seller provide either a copy of her title or a search certificate; further, respondents Germain had no title search made; it is only in 1960 that they learned from the notary André Cossette that the titles were defective; finally, even if they had learned of the *Boulangier judgment* before making the purchase, respondents Germain could not have concluded from it that it validated the titles, because as I mentioned above the judgment authorized the tutrix to sell but not to buy.

La présente vente est faite aux charges et conditions suivantes que les acquéreurs s'obligent de respecter, savoir:—

3.—De ne point exiger de la venderesse copies de ses titres, ni certificat de recherches, les acquéreurs devant se procurer à leurs frais, tous les documents dont ils pourraient avoir besoin;

L'acte se termine par les dispositions relatives au prix et les déclarations relatives aux états civils et matrimoniaux des parties.

Quoique courtier en immeubles et n'en étant pas à son premier achat de terre, l'intimé Yves Germain qui s'était associé pour cette seule affaire avec son beau-frère, l'intimé Victor Germain, n'avait pas fait procéder à un examen de titres. Selon son témoignage, ce n'était pas dans ses habitudes.

Rien dans la preuve ne permet donc de conclure que les intimés Germain ne croyaient pas ou pouvaient avoir des raisons de ne pas croire la déclaration de la venderesse selon laquelle elle était propriétaire des immeubles pour les avoir acquis par donation de sa mère. Les intimés Germain ignoraient en fait les vices du titre de leur auteur.

Cependant, c'est une erreur de conclure, comme la Cour supérieure et la Cour d'appel, que la source de leur bonne foi, s'il en est, est le *jugement Boulangier* qui autorisait la première vente: selon la prépondérance de la preuve, les intimés Germain n'ont eu connaissance du *jugement Boulangier* que quatre ans après leur achat des immeubles: ce jugement n'a été enregistré qu'en 1960; par ailleurs, comme l'indique l'acte de vente du 7 mars 1956, les acheteurs n'exigent de la venderesse ni copie de ses titres ni certificat de recherches; de plus, les intimés Germain n'ont fait procéder à aucun examen de titres; ce n'est qu'en 1960 qu'ils ont appris du notaire André Cossette que les titres comportaient des irrégularités; enfin, même s'ils avaient pris connaissance du *jugement Boulangier* avant d'acheter, les intimés Germain n'auraient pas pu en conclure qu'il validait les titres car, ainsi que je l'ai déjà dit, ce jugement autorisait la tutrice à vendre mais non pas à acquérir.

If, before buying, respondents Germain had asked the officiating notary, or some other notary or a lawyer, to conduct a title search, their legal advisor would have found what the notaries André Cossette and Jacques Perrin later found.

This is what the notary André Cossette wrote in a report to the Department of Roads dated April 4, 1960. After indicating that he had carried out a title search, and mentioning the sale of August 27, 1947, the gift *inter vivos* of February 2, 1948 and the sale of March 7, 1956, he went on to say:

[TRANSLATION] You will also note that Dame Isabelle Dynes, widow of Henri Denis, sold the said lots by mutual consent and with authorization of the Superior Court, however, to her mother, Dame Sarah Leclerc, widow of William Herbert Dynes (registration No. 321715), and that, subsequently, Dame Sarah Leclerc gave the said lots to her daughter, Dame Isabelle Dynes, who was tutrix for the minor children of her marriage with Henri Denis. In principle, under article 1484 of the Civil Code, a tutor cannot purchase the immoveables under his tutorship even by way of an interposed party. This case therefore involves a purchase by the tutrix through an interposed party, who was the mother of the tutrix, Dame Isabelle Dynes.

The notary Jacques Perrin, in a report to the Department of Roads dated December 14, 1962, wrote:

[TRANSLATION] The ownership titles in these two immoveables are vitiated by the fact of the existence of the two deeds described above, registered as Nos. 321715 and 321716 respectively. These two transactions in fact appear to constitute a transfer by Mrs. John Bigaouette (the widow of Henri Denis) to herself, but through an interposed party, of the immoveable rights of the minor children for whom she was tutrix, which is a breach of article 1484 of the Civil Code.

He stated in a letter to the same department on April 24, 1963:

[TRANSLATION] ... the delay in registering the sale of August 27, 1947 by Mrs. Henri Denis, in her capacity as tutrix and personally, to her mother, constitutes a presumption of fact of an intent that this transaction would be followed by a second which was contemplated when the first was undertaken. The registration in fact did not take place until the time the deed re-transferring the

Si, avant d'acheter, les intimés Germain avaient demandé au notaire instrumentant ou à un autre notaire ou à un avocat de procéder à un examen des titres, cet homme de loi aurait découvert ce que les notaires André Cossette et Jacques Perrin ont trouvé plus tard.

Voici ce que le notaire André Cossette écrit dans un rapport au ministère de la Voirie en date du 4 avril 1960. Après avoir relaté qu'il a procédé à l'examen des titres et mentionné la vente du 27 août 1947, la donation entre vifs du 2 février 1948 et la vente du 7 mars 1956, il s'exprime comme suit:

Vous remarquerez également que Dame Isabelle Dynes, veuve de Henri Denis, a vendu les dits lots de gré à gré et avec autorisation de la Cour supérieure cependant, à sa mère, Dame Sarah Leclerc, veuve de William Herbert Dynes (enregistrement No. 321715) et que, par la suite, Dame Sarah Leclerc a donné les dits lots à sa fille, Dame Isabelle Dynes, qui était tutrice à ses enfants mineurs nés de son mariage avec Henri Denis. Or en principe, d'après l'article 1484 du Code Civil, le tuteur ne peut se rendre acquéreur des immeubles dont il a la tutelle même par partie interposée. Nous sommes donc en présence d'une acquisition par le tuteur au moyen d'une partie interposée qui était la mère de la tutrice, Dame Isabelle Dynes.

Quant au notaire Jacques Perrin, dans un rapport au ministère de la Voirie en date du 14 décembre 1962, il écrit:

Les titres des propriétaires de ces deux immeubles sont viciés du fait de l'existence des deux actes relatés plus haut et enregistrés sous les numéros respectifs 321715 et 321716. Ces deux transactions semblent en effet constituer, de la part de Madame John Bigaouette (dame veuve Henri Denis), une transmission à elle-même, mais par personne interposée des droits immobiliers des enfants mineurs dont elle était tutrice, le tout en violation de l'article 1484 du code civil.

Et dans une lettre adressée au même Ministère le 24 avril 1963:

... l'enregistrement retardé de la vente du 27 août 1947 par M<sup>me</sup> veuve Henri Denis ès-qualité et personnellement à sa mère, constitue une présomption de fait d'une volonté de faire suivre cette transaction d'une seconde qui était entrevue dès l'instant de la première. L'enregistrement ne se fit en effet qu'en même temps que celui de l'acte par lequel les biens furent re-transmis de la mère à



property from the mother to the daughter was registered.

la fille.

In view of the presumption of fact represented by the delay in registering the sale by Mrs. Henri Denis, in her capacity as tutrix and personally, to her mother, as aforementioned, we are not in a position to state that the title of Messrs. Germain is good. The opposing party could moreover find in the wording of the subsequent gift from the mother to the daughter two further points which might both constitute further presumptions of an intent to interpose.

If we have correctly understood our function in this matter, it may be summarized in the following proposition: to inform the Department whether it may with complete safety pay Messrs. Germain the indemnity agreed upon.

Our answer is no.

Any competent legal practitioner, who was consulted by respondents Germain and asked to search the titles of the tutrix and then advise them, would have counselled against buying under these conditions. Such a lawyer would, it is true, not have had the formal evidence now at our disposal that the tutrix and her mother, on August 27, 1947, intended to circumvent the law; however, in light of such strong and concurrent presumptions of fact as mentioned above, he would have advised respondents Germain that the seller could only give them a defective title, and that by buying they were running the risk of being evicted if the minors asked for the deed to be annulled. Although respondents Germain did not know of the defect in the seller's title at the time they made the purchase, this defect was apparent.

#### B. The law

It should be said at once that there is no reason to reconsider the earlier decisions of this Court regarding the effects of registration on good faith, as it was suggested the Court should do.

It is true that this line of authority has been criticized: Albert Mayrand, "Bonne foi et prescription par tiers acquéreurs", (1942) 2 *R. du B.* 9 and 151, at pp. 158-64; Pierre Martineau, *La Prescription*, University of Montreal Press, 1977, at pp. 132-144. It has also not always been followed by the Quebec courts: *Darling v. Bricault* (1924), 37

Face à la présomption de fait que constitue l'enregistrement à retardement de la vente par M<sup>me</sup> Henri Denis ès-qualité et personnellement à sa mère, tel que susdit, nous ne sommes aucunement en mesure d'affirmer que le titre de MM. Germain est inattaquable. La partie adverse pourrait d'ailleurs relever dans la rédaction de la donation subséquente de la mère à la fille deux éléments additionnels susceptibles de constituer autant de nouvelles présomptions (*sic*) d'une volonté d'interposition.

Si nous avons bien compris notre rôle en cette affaire, le mandat qui nous est confié peut se ramener à la proposition suivante: informer le Ministère s'il peut, en toute sécurité, payer à MM. Germain l'indemnité convenue.

Notre réponse est négative.

Tout homme de loi compétent, consulté par les intimés Germain pour examiner les titres de la tutrice et pour les aviser ensuite, leur eût déconseillé d'acheter dans ces conditions. Certes, un tel homme de loi n'aurait pas eu la preuve formelle dont nous disposons maintenant que la tutrice et sa mère avaient, dès le 27 août 1947, l'intention de contourner la loi, mais, compte tenu des présomptions de fait si fortes et concordantes qui sont mentionnées plus haut, il aurait avisé les intimés Germain que la venderesse ne pouvait leur donner qu'un titre vicié et, qu'en achetant, ils s'exposaient à l'éviction si les mineurs demandaient l'annulation. Quoique les intimés Germain n'aient pas connu, au moment d'acheter, le vice du titre de la venderesse, ce vice était un vice apparent.

#### B. Le droit

Disons tout de suite qu'il n'y a pas lieu de reconsidérer, comme on nous a suggéré de le faire, la jurisprudence de cette Cour relativement aux effets de l'enregistrement sur la bonne foi.

Il est vrai que cette jurisprudence a été critiquée: Albert Mayrand, «Bonne foi et prescription par tiers acquéreurs», (1942) 2 *R. du B.* 9 et 151 aux pp. 158 à 164; Pierre Martineau, *La Prescription*, Presses de l'Université de Montréal, 1977, aux pp. 132 à 144. Elle n'a pas non plus toujours été suivie par les tribunaux du Québec: *Darling v. c.*

Que. K.B. 388; *Morin v. Vallée* (1939), 68 Que. K.B. 194; *Roberge v. Bergeron* (1939), 69 Que. K.B. 532.

However, this case does not relate to ten-year prescription with title and in good faith, and it could not be a basis for the revision of the decisions of this Court on the point, if that were desirable.

Furthermore, when we examine from the standpoint of principle the legal analysis and precedents cited by respondents, the effect of which is to protect subsequent purchasers in good faith from the voiding of their predecessor's title, it can be seen that, according to that legal analysis and precedent, good faith does not suffice to protect third parties when the defects in title appear in the registry office.

I am therefore prepared to assume, for the purposes of discussion, but without deciding the point, that the presumption of bad faith recognized by earlier decisions of this Court can be reversed and that respondents Germain succeeded in reversing it by establishing without contradiction that they did not go to the registry office. The evidence in fact showed no dishonest intent on their part, although it indicated that they were extremely careless. I will return to this below.

According to traditional theory, no one may in principle pass on more than he has himself, and if a person's title is vitiated by some cause which renders it voidable, it can only be transferred subject to that defect; if the voiding is requested, it will be effective even against a *bona fide* third party purchaser. The latter will then have a remedy against their predecessors in title, based on the warranty against eviction. Article 2038 of the *Civil Code* is an application of this general principle. When the legislator wishes to make an exception to the principle in order to protect third parties, he does so expressly as in art. 870 of the *Civil Code*, regarding the ostensible heir, art. 1038, regarding the Paulian action, or art. 2098, regarding priority of registration.

This is the traditional theory which the Superior Court applied in the only two cases to which this

*Bricault* (1924), 37 B.R. 388; *Morin c. Vallée* (1939), 68 B.R. 194; *Roberge c. Bergeron* (1939), 69 B.R. 532.

*a* Mais la présente cause n'est pas relative à la prescription de dix ans avec titre et bonne foi, et elle se prêterait mal à la révision, s'il y avait lieu, des décisions de cette Cour en la matière.

*b* Au surplus, lorsque l'on scrute, à la lumière des principes, la doctrine et la jurisprudence citées par les intimés et dont l'effet est de protéger les tiers acquéreurs de bonne foi contre l'annulation du titre de leur auteur, on se rend compte, que d'après cette doctrine et cette jurisprudence, la bonne foi ne suffit pas à protéger les tiers lorsque les vices du titre apparaissent au bureau d'enregistrement.

*d* Je suis donc disposé, pour les fins de la discussion, à postuler, mais sans le décider, que la présomption de mauvaise foi, reconnue par la jurisprudence de cette Cour, peut être renversée et que les intimés Germain ont réussi à la renverser en établissant sans contradiction qu'ils ne sont pas allés au bureau d'enregistrement. La preuve ne démontre en fait aucune intention malhonnête de leur part quoiqu'elle établisse leur grande imprudence. J'y reviendrai.

*e* Selon la doctrine traditionnelle, on ne peut en principe aliéner plus que ce que l'on a soi-même et si le titre de quelqu'un est vicié par une cause qui le rende annulable, il ne peut être cédé que sujet à ce vice; l'annulation, si elle est demandée, se réfléchira contre le tiers acquéreur même de bonne foi. Ce dernier disposera alors de ses recours contre son auteur fondés sur la garantie contre l'éviction. C'est une application de ce principe général que l'on trouve à l'art. 2038 du *Code civil*. Lorsque le législateur veut faire exception au principe pour protéger les tiers il le fait expressément comme à l'art. 870 du *Code civil*, relatif à l'héritier apparent, à l'art. 1038, relatif à l'action paulienne ou à l'art. 2098, relatif à la priorité d'enregistrement.

*j* C'est cette doctrine traditionnelle que la Cour supérieure applique dans les deux seules affaires

Court was referred and which concerned specifically minors and third parties.

The circumstances of the first case are strangely similar to those of the case at bar. This was *McGregor v. Canada Investment and Agency Co.*, *supra*. By fraudulent schemes, the mother and tutrix of plaintiff arranged for the judicial sale of an immovable owned by her son and pupil, purchased it herself through interposed parties and then resold it to a *bona fide* third party. The third party pleaded in defence the ten-year prescription of subsequent purchasers, with title and in good faith, but Pagnuelo J., a judge of great reputation, dismissed this argument on the ground that the prescription had not run because it does not run against minors, and he found plaintiff to be owner of the immovable.

It was also Pagnuelo J., presiding over the Superior Court in revision, who provided in unanimous reasons of the Court what is perhaps one of the most complete statements of the traditional theory in *Lefebvre v. Goyette* (1892), 2 C.S. 203. A hypothecary creditor was challenging a scheme of collocation: his hypothec had been granted by a former tutor over an immovable which the latter had purchased from his former pupil by a settlement involving the rights of succession to which the former minor was called. It was alleged that the settlement was prior to the detailed accounting by the tutor and was therefore voided by art. 311 of the *Civil Code*. The Court ruled against the nullity and allowed the contestation because adequate accounts had in fact been rendered before the settlement. However, it also answered an alternative argument of the creditor, namely that the defects, if any, were not apparent and could not be set up against him because he was a *bona fide* third party. The Court dismissed this alternative argument in what may be regarded as an *obiter dictum*; but this *obiter* is of great weight, in view of the reputation of its author, the fact that it was deliberately stated, and the unanimity of the Court. I find it necessary to cite lengthy extracts, to be found at pp. 215-220:

[TRANSLATION] It is an axiom of law that no one can transfer to another any greater right to a thing than he has himself. For the same reason, the Civil Code (art.

que l'on nous a citées et qui concernent précisément des mineurs et des tiers.

Les circonstances de la première affaire ressemblent étrangement à celles de l'espèce. Il s'agit de *McGregor v. Canada Investment and Agency Co.*, précité. Par des manœuvres frauduleuses, la mère et tutrice du demandeur avait fait vendre par autorité de justice un immeuble appartenant à son fils et pupille, l'avait acquis elle-même par personnes interposées pour le revendre ensuite à un tiers de bonne foi. Ce tiers invoque en défense la prescription de dix ans des tiers acquéreurs, avec titre et bonne foi, mais le juge Pagnuelo, un magistrat de grande réputation, rejette ce moyen au motif que la prescription n'était pas acquise parce qu'elle ne court pas contre les mineurs, et il déclare le demandeur propriétaire de l'immeuble.

Le même juge Pagnuelo, présidant la Cour supérieure qui siégeait en révision, fait, dans les motifs unanimes de la Cour, l'un des exposés peut être les plus complets de la doctrine traditionnelle dans *Lefebvre c. Goyette* (1892), 2 C.S. 203. Il s'agit d'une contestation de collocation par une créancière hypothécaire dont l'hypothèque avait été consentie par un ancien tuteur sur un immeuble que ce dernier avait acquis de son ancien pupille par un traité portant sur des droits successifs auxquels l'ancien mineur était appelé. Il était allégué que le traité était antérieur à la reddition de compte du tuteur et frappé de nullité par l'art. 311 du *Code civil*. La Cour décide contre la nullité et maintient la contestation parce que des comptes adéquats avaient effectivement été rendus avant le traité. Mais elle répond aussi à un moyen subsidiaire de la contestante savoir que les vices, s'il en était, n'étaient pas apparents et ne pouvaient lui être opposés parce qu'elle était un tiers de bonne foi. La Cour rejette ce moyen subsidiaire dans ce que l'on peut considérer comme un *obiter dictum*. Mais cet *obiter* est d'un grand poids compte tenu de la réputation de celui qui l'a rédigé, du fait que c'est délibérément qu'il a été prononcé, et de l'unanimité de la Cour. Je crois nécessaire d'en citer de larges extraits que l'on trouve aux pp. 215 à 220:

C'est un axiome de droit que nul ne peut transmettre à autrui plus de droit à une chose qu'il n'en a lui-même. Pour la même raison, «ceux, dit le C.C. (art. 2038) qui

2038) states that "Persons whose right to an immovable is suspended by a condition, or is determinable in certain cases or is subject to rescission, can only grant hypothecs upon it which are subject to the same conditions or to the same rescission."

Some authors, *inter alia* Solon (*Nullité*, vol. 2, p. 148) and Delvincourt (vol. 2, p. 123, No. 1), and some decisions have taken the view that this rule was not applicable to third parties who, seeing a title which had all the appearances of reality, dealt in good faith with a wrongful possessor and complied with all the formalities required by law in its regard. Such an eviction would undermine the confidence which must prevail in agreements and the stability of immovable transactions.

This argument is not admissible in view of the generality of the phraseology in art. 2038 C.C.; it formally contradicts the maxim: "no one may transfer to another more right to a thing than he has himself".

This rule is only modified in the case where the legislator has positively created an exception (Cass. July 26, 1826, Sirey 27, 1, 100).

Thus, the ostensible heir who is in possession of the succession can perform all acts of the true owner, and payments made to him in good faith are valid as against heirs or legatees who present themselves subsequently (article 870 C.C.). Similarly, the rescission of an act performed to defraud creditors does not prejudice onerous purchasers in good faith, pursuant to the rule stated in article 1038 C.C. that "An onerous contract made with intent to defraud on the part of the debtor, but in good faith on the part of the person with whom he contracts is not voidable; saving the special provisions applicable in case of insolvency of traders".

Since the person contracting onerously in good faith is continued in his hypothec or purchase, although in entering into the contract the seller or debtor intended to defraud his creditors, it must be concluded that if he had known the intent of his seller to defraud his creditors, the onerous title which he would pass on to a *bona fide* third party should be upheld as his own would have been if he had been in good faith.

The principle stated in article 1038 is that the *bona fide* third party purchaser, whether the first or second purchaser, must be protected when the deed is rescinded for a fraud on the creditors.—This is thus an exception to article 2038.

If it were true to say, with the Court of Appeal and Solon, that the sub-purchaser should be protected when he contracts in good faith with the ostensible owner, who

n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.»

<sup>a</sup>

Quelques auteurs, entr'autres Solon (*Nullité*, vol. 2, p. 148) et Delvincourt (vol. 2, p. 123, n° 1), et quelques arrêts ont soutenu que cette règle n'était pas applicable au tiers qui, sur la vue d'un titre ayant toutes les apparences de la réalité, traite de bonne foi avec un injuste possesseur et remplit à son égard toutes les formalités que la loi prescrit. Une pareille éviction anéantirait la confiance qui doit régner dans les conventions et la stabilité des transactions immobilières.

<sup>b</sup>

Cet argument n'est pas admissible en face de la généralité des expressions de l'art. 2038 C.C.; elle contredit formellement la maxime: «qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droit à une chose qu'on n'en a soi-même.»

<sup>d</sup>

Cette règle n'est modifiée que dans le cas où le législateur a positivement porté une exception, (Cass. 26 juillet, 1826, Sirey 27, 1, 100).

<sup>e</sup>

Ainsi, l'héritier apparent et en possession de la succession peut faire tous les actes du propriétaire véritable, et les paiements à lui faits de bonne foi sont valides à l'encontre des héritiers ou légataires qui se présentent plus tard. (Article 870 C.C.). De même, la rescision de l'acte fait en fraude des créanciers ne préjudicie point aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux, en vertu de la règle portée dans l'article 1038 C.C. qui porte qu'«un contrat à titre onéreux fait avec l'intention de frauder de la part du débiteur, mais de bonne foi de la part de la personne avec qui il contracte, ne peut être annulé, sauf les dispositions particulières au cas de faillite.»

<sup>f</sup>

<sup>g</sup>

Puisque le contractant de bonne foi à titre onéreux est maintenu dans son hypothèque ou son acquisition, bien que le vendeur ou le débiteur eut l'intention, en passant le contrat, de frauder ses créanciers, il faut en conclure que si lui-même eut connu l'intention de son vendeur de frauder ses créanciers, le titre onéreux qu'il accorderait à un tiers de bonne foi devrait être maintenu comme le sien l'aurait été s'il eût été de bonne foi.

<sup>h</sup>

Le principe posé dans l'article 1038 est que le tiers acquéreur de bonne foi, qu'il soit premier ou second acquéreur, doit être protégé lorsque l'acte est rescindé pour fraude des créanciers.—Voilà donc une exception à l'art. 2038.

<sup>i</sup>

<sup>j</sup>

S'il était vrai de dire, avec la cour d'appel et Solon, que le sous-acquéreur doit être protégé lorsqu'il contracte de bonne foi avec le propriétaire apparent, posses-

is in possession of the immovable, pursuant to a title which is good on its face, and has been duly registered, voidable and not fundamentally void for any apparent cause, it would be necessary to maintain all dispositions to a third party, when the deed is rescinded for lesion, mistake, violence or fraud; it is clear that under ancient and modern law and the almost unanimous opinion of writers in all these cases, rescission of the title results in voiding dispositions made by the person whose title is rescinded for one of these causes.

Solon, at No. 156, states in principle that in the case of a nullity which results from a defect in the obligation, the deed or the title, the rescission will affect a third party. As an example of this he gives the case of rescission for lesion.

However, in all cases the deed is merely rescindable and the title is not vitiated by any apparent defect; the rights acquired by third parties disappear.

Applying these principles to the case at bar, I conclude that the settlement between the tutor and his pupil, now of legal age, having been declared void by law, the resulting rescission affects third party purchasers because it is derived *ex causâ antiquâ et necessariâ*, that it operates in itself and in its essence on the deed to which it applies; the disposition is fundamentally vitiated.

The purpose of the law, in creating incapacities, was to protect persons under incapacity against their ignorance, their inexperience or the pressures which they might encounter. This purpose can only be attained if the nullity, resulting from the person of the contracting party, is effective in whatever hands the subject of the contract passes into.

The contracting party's incapacity attaches to his consent a defect which follows the subject of the contract in whatever hands it passes into.

It is this traditional theory which Mignault adopts in his *Le droit civil canadien*, vol. 5, at pp. 252-54, following on this point the majority of the French writers. See, for example, Baudry-Lacantinerie and L. Barde, *Traité théorique et pratique du droit civil*, vol. 14, *Des Obligations III*, 3rd ed., 1908, No. 1980, at p. 339; Aubry and Rau, *Cours de droit civil français*, vol. 4, 6th ed., 1942, No. 336, at p. 383; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, vol. 1, 1923, No. 374, at p. 587. As

seur de l'immeuble, en vertu d'un titre bon à sa face, dûment enregistré, annulable et non radicalement nul pour aucune cause apparente, il faudrait maintenir toutes les aliénations en faveur d'un tiers, lorsque l'acte est rescindé pour lésion, pour erreur, violence ou dol; or, il est certain d'après la jurisprudence ancienne et moderne et la presque-unanimité des auteurs que dans tous ces cas, la rescision du titre entraîne la nullité des aliénations faites par celui dont le titre est rescindé pour une de ces causes.

Solon, lui-même, no. 156, pose en principe que dans le cas où il s'agit d'une nullité qui prend sa source dans un vice de l'obligation, de l'acte ou du titre, la rescision rejait sur le tiers. Il en donne pour exemple le cas de rescision pour lésion.

Cependant, dans tous les cas l'acte est seulement rescindable et le titre n'est entaché d'aucun vice apparent; cependant, les droits acquis par les tiers disparaissent.

Appliquant ces principes à la cause actuelle, je conclus (*sic*) que le traité entre le tuteur et son pupille devenu majeur étant déclaré nul par la loi, la rescision qui s'en suit rejait sur les tiers acquéreurs parce qu'elle provient *ex causâ antiquâ et necessariâ*, qu'elle attaque en lui-même et dans son essence l'acte qui en est l'objet; l'aliénation était viciée dans son principe.

L'objet de la loi, en établissant les incapacités, était de protéger les incapables contre leur ignorance, leur inexpérience ou contre les influences qu'ils subissent. Ce but ne peut être atteint que si la nullité, provenant de la personne du contractant, produit son effet dans quelque main que passe l'objet du contrat.

L'incapacité du contractant imprime à son consentement un vice qui suit l'objet du contrat en quelque main qu'il passe.

C'est cette doctrine traditionnelle que Mignault adopte dans *Le droit civil canadien*, t. 5, aux pp. 252 à 254, suivant sur ce point la majorité des auteurs français. Voir par exemple: Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique du droit civil*, vol. 14, *Des Obligations III*, 3<sup>e</sup> éd., 1908, n<sup>o</sup> 1980, à la p. 339; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 6<sup>e</sup> éd., 1942, n<sup>o</sup> 336, à la p. 383; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, 1923, n<sup>o</sup> 374, à la p. 587.

Pagnuelo J. observes, even Solon—who is cited by respondents Germain as an authority—recognizes the general principle. However, whereas the traditional theory requires that exceptions to the principle be express, as in the case for example of the Paulian action, Solon tends to generalize the exceptions and make them systematic.

The following are the extracts from Solon which respondents Germain cite in their factum and on which they rely. These texts are found at pp. 135, 147, 148 and 150 of Solon's treatise on the nullity of deeds and agreements:

[TRANSLATION] The legislator might understandably have said to the contracting parties: "If you contract without complying with the formal requirements of the law . . . your undertakings will have none of the effects that you intended to produce".

This observation can in no way be addressed to a third party who, seeing a title having all the appearance of reality, deals in good faith with a wrongful possessor, and fulfils all the formal requirements of the law toward him. It would be unfair to dispossess this third party in any circumstances, for causes of which he was in no way cognizant, and which the law did not put him in a position to know. Such an eviction would usually be dangerous; the possibility of it, and the concealed obstacle implicit in any deed, would undermine the confidence that should prevail in agreements and in their stability; the most serious hardship would be occasioned by a law which gave absolute force to the maxim "termination of the right of the donor entails termination of the right of the recipient".

When a deed is in no way void, but merely voidable or rescindable, for a cause which is in no way apparent, an action in nullity and rescission cannot affect third parties who have dealt in good faith and completed the formal requirements to inform persons who may have rights against the thing which is the subject of the contract, or in other words, affect those who have observed the requirements set down by law.

Everyone agrees on the need for society to validate a purchase made without fraud by one of its members, observing all the legal requirements for making such a purchase irrevocable. The basis of such a transaction is public confidence; the public interest requires that it should not be mistaken.

Comme le fait observer le juge Pagnuelo, même Solon—dont les intimés Germain invoquent l'autorité—reconnaît le principe général. Mais alors que la doctrine traditionnelle exige que les exceptions au principe soient explicites, comme dans le cas par exemple de l'action paulienne, Solon lui tend à généraliser les exceptions en les systématisant.

Voici les textes de Solon que les intimés Germain citent dans leur mémoire et sur lesquels ils s'appuient. Ces textes se trouvent aux pp. 135, 147, 148 et 150 du traité de Solon sur la nullité des actes et des conventions:

On concevra que le législateur ait pu dire aux parties contractantes: «Si vous traitez sans observer les formalités prescrites par la loi . . . vos engagements ne produiront aucun des effets que vous vouliez leur faire produire.»

Ce langage ne pouvait point être adressé au tiers qui, sur la vue d'un titre ayant toutes les apparences de la réalité, traite de bonne foi avec un injuste possesseur, et remplit à son égard toutes les formalités que la loi prescrit. Il eut été injuste d'évincer ce tiers dans toutes les circonstances, pour des causes qu'il n'a point connues, et que la loi ne l'avait pas mis à même de connaître. Une pareille éviction serait, le plus souvent, dangereuse; sa possibilité et l'écueil caché qui serait renfermé dans tous les actes, anéantiraient la confiance qui doit régner dans les conventions et dans leur stabilité; et dès lors les inconvénients les plus graves seraient la conséquence de la loi qui autoriserait, d'une manière absolue la maxime: la résolution du droit de celui qui donne entraîne la résolution du droit de celui qui reçoit.

Lorsqu'un acte n'est point nul, mais seulement annulable ou rescindable, pour une cause qui n'est point apparente, l'action en nullité et en rescision ne rejaillissent point sur les tiers qui ont traité de bonne foi et qui ont rempli les formalités nécessaires pour avertir ceux qui auraient des droits à exercer sur la chose qui fait l'objet du traité, ou, en d'autres termes, sur ceux qui ont observé les formalités que la loi indique.

Tout le monde est d'accord de la nécessité où la société se trouve placée de valider l'acquisition faite par un de ses membres, sans fraude, et en observant toutes les formalités prescrites par la loi pour rendre son acquisition irrévocable. L'acquéreur traite alors sur la foi publique; l'intérêt public exige qu'il ne soit pas trompé.

By what reversal of ideas and principles do we arrive at a point where such confidence is mistaken, where the security of the purchaser is only partial? Could anyone possibly argue that there is a definite risk in the law, an invisible trap which even the most cautious person could not avoid? How is it possible that someone who has made his purchase without any form of concealment and who has taken the legal measures necessary to determine the rights of third parties, to enable the latter to exercise these rights, has to fear an action in nullity or in rescission? Above all, how is it possible that they should have this fear for the ten-year period which is ordinarily the length of an action in nullity . . .

If this were the case, transactions would be impossible, public confidence would be at an end, and the law made powerless.

In my opinion, these extracts are of no assistance to respondents Germain, who though in good faith were not, in view of the entries made in the registry office and the presumptions of fact in the circumstances, evicted for causes "which the law did not put them in a position to know" or "for a cause which is in no way apparent". Respondents Germain also did not encounter a "concealed obstacle", they did not fall into "an invisible trap which even the most cautious person could not avoid", and it cannot be said of them that they took "the legal measures necessary to determine the rights of third parties". Respondents Germain therefore do not fall within the exception made by the only writer whom they have cited as an authority for an exception to the general rule.

Respondents Germain also referred the Court to a large number of judgments of the Quebec courts in which, it is true, the latter tempered the severity of the rule "*resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*" in order to protect *bona fide* third parties, in immoveable matters, against non-apparent relative nullities.

I pass over the rather numerous cases of Paulian actions because they are covered by an express provision, art. 1038 of the *Civil Code*. However, some of these cases refer to Solon rather than to art. 1038: *Normandin v. Les Religieuses Carmélites d'Hochelaga* (1883), 3 D.C.A. 329.

Par quel renversement d'idées et de principes pourrait-on arriver au point que cette confiance aurait été trompeuse, que la sécurité de l'acquéreur ne serait qu'imparfaite? Oserait-on prétendre qu'il y avait dans la loi un danger certain, un piège invisible qu'il ne serait pas possible à l'homme le plus sage d'éviter? Comment serait-il possible que celui qui aurait mis au grand jour son acquisition et qui aurait pris les moyens légaux pour connaître les droits des tiers, pour mettre ceux-ci à même de les exercer, aurait à craindre une action en nullité ou en rescision? Comment, surtout serait-il possible de les soumettre à cette crainte pendant les dix ans qui sont le terme de durée ordinaire des actions en nullité . . .

S'il en était ainsi, les transactions seraient impossibles, la confiance publique serait anéantie, et la loi frappée d'impuissance.

A mon avis, ces textes ne sont d'aucun secours aux intimés Germain qui, même de bonne foi, ne sont pas, vu les inscriptions faites au bureau d'enregistrement et les présomptions de fait en l'espèce, évincés pour des causes «que la loi ne les avait pas mis à même de connaître» ou «pour une cause qui n'est point apparente». Les intimés Germain ne se sont pas non plus heurtés à un «écueil caché» et ils ne sont pas tombés dans «un piège invisible qu'il ne serait pas possible à l'homme le plus sage d'éviter» et l'on ne peut dire d'eux qu'ils ont «pris les moyens légaux pour connaître les droits des tiers». Les intimés Germain n'entrent donc pas dans les cadres de l'exception prévue par le seul auteur dont ils se réclament pour échapper au principe général.

Les intimés Germain nous ont également cité un grand nombre d'arrêts et de jugements des tribunaux du Québec où ces derniers ont tempéré il est vrai la rigueur du principe "*resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*" afin de protéger des tiers de bonne foi, en matière immobilière, contre des nullités relatives non apparentes.

Je passe sur les cas assez nombreux d'actions pauliennes parce qu'ils sont visés par une disposition expresse, l'art. 1038 du *Code civil*. Pourtant, il arrive que ce soit sur Solon plutôt que sur l'art. 1038 que l'on s'appuie: *Normandin c. Les Religieuses Carmélites d'Hochelaga* (1883), 3 D.C.A. 329.

The precedents to which the Court was referred include cases in which third parties were protected against nullity on account of fraud other than the fraud contemplated in the Paulian action: see, for example, *Lafleur v. Donegani* (1849), 12 R.J.R.Q. 70; *Lighthall v. Craig*, (1884) M.L.R. 1 Q.B. 275; *Méthé v. Gervais* (1924), 38 Que. K.B. 28; *Payette v. Baird* (1940), 78 C.S. 371. However, these precedents are not uniform: *Ménard v. Roy* (1921), 32 Que. K.B. 350.

In other cases, the courts have tried to protect third parties against relative nullity resulting from error: *Lamarche v. Bourbeau* (1921), 27 R. de J. 481; *Rose v. Pinsonneault* (1927), 65 C.S. 287.

In still other cases, the courts have protected third parties against nullity resulting from simulated contracts (*Samson v. Samson* (1896), 9 C.S. 386; *Little v. Reaycraft* (1917), 24 R.L. n.s. 8), the nullity of deeds of the ostensible heir (*Morin v. Mercier* (1899), 16 C.S. 35; *Banque d'épargne de la cité et du district de Montréal v. Viau*, [1976] C.S. 901), the registration of wrongful discharges (*Carpenter v. Déry* (1877), 5 Q.L.R. 311; *Latulippe v. Grenier* (1898), 13 C.S. 157); but here again the decisions have varied and have sometimes been against the third party: *Gervais v. Charbonneau et Rousseau* (1910), 38 C.S. 330.

I have only found one other case in which incapacity is mentioned: *Ouellet v. Rochette* (1883), 9 Q.L.R. 289. A sale of an immovable had been annulled at the trial level because the seller was an imbecile and was under the influence of the buyer. The latter had earlier granted a hypothec to a *bona fide* third party. It was held that the trial judgment could not be set up against the creditor, who had not been a party to it, and the argument turned primarily on *res judicata*. It should also be noted that the incapacity in question was not that of a person subject to interdiction, that is an incapacity protected by a curatorship, as that of minors is by tutorship.

In these judgments, reference is sometimes made to Solon (for example *Méthé v. Gervais*, *supra*) or equity; often, however, to mitigate the rigour of the traditional theory, emphasis is placed on the innovation made in our laws by registration

La jurisprudence à laquelle on nous a référés comprend des cas où l'on protège les tiers contre l'annulation pour cause de fraude autre que la fraude visée par l'action paulienne: voir par exemple *Lafleur c. Donegani* (1849), 12 R.J.R.Q. 70; *Lighthall c. Craig*, (1884) M.L.R. 1 Q.B. 275; *Méthé c. Gervais* (1924), 38 B.R. 28; *Payette c. Baird* (1940), 78 C.S. 371. Cette jurisprudence n'est cependant pas constante: *Ménard c. Roy* (1921), 32 B.R. 350.

Dans d'autres affaires, on veut protéger les tiers contre la nullité relative résultant de l'erreur: *Lamarche c. Bourbeau* (1921), 27 R. de J. 481; *Rose c. Pinsonneault* (1927), 65 C.S. 287.

Dans d'autres affaires encore, on protège les tiers contre la nullité résultant d'actes simulés (*Samson c. Samson* (1896), 9 C.S. 386; *Little c. Reaycraft* (1917), 24 R.L. n.s. 8), la nullité des actes de l'héritier apparent (*Morin c. Mercier* (1899), 16 C.S. 35; *Banque d'épargne de la cité et du district de Montréal c. Viau*, [1976] C.S. 901), l'enregistrement des fausses quittances (*Carpenter c. Déry* (1877), 5 Q.L.R. 311; *Latulippe c. Grenier* (1898), 13 C.S. 157); mais là encore la jurisprudence varie et tranche parfois contre le tiers: *Gervais c. Charbonneau et Rousseau* (1910), 38 C.S. 330.

Je n'ai trouvé qu'un seul autre cas où il est question d'incapacité: *Ouellet c. Rochette* (1883), 9 Q.L.R. 289. Une vente immobilière avait été annulée par un premier jugement parce que le vendeur souffrait d'imbécillité et se trouvait sous l'empire de l'acheteur. Ce dernier avait auparavant consenti une hypothèque à un tiers de bonne foi. On y décide que l'on ne peut opposer le premier jugement au créancier qui n'y avait pas été partie et la discussion porte principalement sur la chose jugée. Il importe également d'observer que l'incapacité dont il s'agit n'est pas celle d'un interdit, c.-à-d. une incapacité protégée par une curatelle, comme celle des mineurs l'est par la tutelle.

Dans ces jugements et arrêts, on invoque parfois Solon (par exemple *Méthé c. Gervais*, précité) ou l'équité; mais souvent, pour tempérer la rigueur de la doctrine traditionnelle, on souligne l'innovation apportée dans nos lois par l'enregistrement et la



and the need to protect public confidence in this system of publication of real rights, by preferring those who have relied on the entries made therein: *Payette v. Baird*, *supra*.

I refer to all these judgments and decisions without expressing any opinion as to their merits, in general or in particular. In my view, they do not help respondents Germain any more than does Solon's theory: in each case where third parties have been protected, the defects in title were not apparent in the registry office; in none of them did the Quebec courts reject the traditional theory and protect *bona fide* third parties when the defect in title could have been discovered.

Furthermore, an important judgment by the Court of Appeal for Quebec, affirmed by this Court, is diametrically opposed to the position taken by respondents Germain: this is *Carignan v. Boutaric*, [1963] Que. Q.B. 222, affirmed by a majority decision of this Court which is not reported but is mentioned *sub nom.* *Legault v. Carignan*, [1964] S.C.R. vi. It was held that the annulment of the sale of an immovable on account of error can be set up against a *bona fide* third party purchaser where the error is apparent. The facts of that case may be summarized as follows.

Boutaric was the owner of an immovable which he had inherited from his first wife, as he was her universal legatee. The will was registered and so was a statement of transfer to Boutaric. After some twenty years, Boutaric finally forgot that his wife had made a will and believed that she had died intestate, thus leaving him an undivided one-third share in the immovable and an undivided two-thirds share to her daughter Thérèse Boutaric. Under this misapprehension, he sold his undivided rights to his daughter in a contract of sale which stated that Angéline Carignan, his wife, had died intestate leaving as her sole heirs J.A. Boutaric, one-third, and their daughter Thérèse, two-thirds. Thérèse Boutaric sold the immovable to Rita L., who resold it to Thomas B., who resold it to Jean-Paul Clermont, one of the mis en cause.

Plaintiff was the second wife of Boutaric, and his universal legatee. At her request, the sale by

nécessité de protéger la confiance du public dans ce système de publication des droits réels en préférant ceux qui se sont fiés aux inscriptions que l'on y trouve: *Payette c. Baird*, précité.

<sup>a</sup> Je réfère à tous ces jugements et arrêts sans exprimer d'opinion sur leur bien-fondé, en général ou en particulier. A mon avis, ils n'aident pas les intimés Germain plus que la théorie de Solon: dans chacun de ceux où l'on a protégé les tiers, les vices du titre étaient non apparents au bureau d'enregistrement; dans aucun d'entre eux, les tribunaux du Québec n'ont écarté la théorie traditionnelle et protégé le tiers de bonne foi lorsque le vice des titres était décelable.

<sup>b</sup> Au surplus, un arrêt important de la Cour d'appel du Québec confirmé par cette Cour est diamétralement contraire à la position des intimés Germain: il s'agit de *Carignan c. Boutaric*, [1963] B.R. 222, confirmé par un arrêt majoritaire de cette Cour qui est inédit mais mentionné *sub nom.* *Legault c. Carignan*, [1964] R.C.S. vi. On y décide que l'annulation de la vente d'un immeuble pour cause d'erreur est opposable à un tiers acquéreur de bonne foi parce que l'erreur est apparente. Voici en résumé les faits de cette cause-là.

<sup>c</sup> Boutaric était propriétaire d'un immeuble pour en avoir hérité de son épouse en premières noces dont il était le légataire universel. Le testament était enregistré de même qu'une déclaration de transmission à Boutaric. Après une vingtaine d'années, Boutaric finit par oublier le testament de son épouse et par croire que celle-ci était décédée intestat, lui laissant par conséquent le tiers indivis de cet immeuble et les deux tiers indivis à sa fille Thérèse Boutaric. Sous cette fausse impression, il vend tous ses droits indivis à sa fille dans un contrat de vente où il est déclaré qu'Angéline Carignan, son épouse, est décédée intestat laissant comme seuls héritiers J.A. Boutaric pour un tiers indivis et leur fille Thérèse pour les deux tiers. Thérèse Boutaric vend l'immeuble à Rita L. qui le revend à Thomas B. qui le revend à Jean-Paul Clermont, l'un des mis en cause.

<sup>d</sup> La demanderesse est l'épouse en secondes noces de Boutaric, et sa légataire universelle. A sa

Boutaric to his daughter was annulled on account of error, and the subsequent sales were also annulled, as a consequence of the annulment of the first sale.

The mis en cause Clermont, whose abandonment was being requested, stated that he submitted his rights to the Court, but he filed a submission disputing the action in the Superior Court, in the Court of Appeal and in this Court. In the submission filed in this Court, he pleaded good faith and cited the authority of Solon.

Owen J.A., who wrote the reasons for the majority in the Court of Appeal, did not mention Solon but wrote at p. 230 regarding the mis en cause:

The present holder of the immoveable property, Clermont, even though in good faith, had no better title than those through whom he acquired [ . . . ] The defect in the title could have been readily ascertained at the registry office.

Owen J.A. questioned the good faith of the plaintiff as to another part of her claim. Tremblay C.J.A. concurred in the opinion of Owen J.A., except on the latter point, on which he made no ruling. Badeaux and Rivard J.J.A. concurred in the opinion of Owen J.A. without reservation. Casey J.A. dissented.

In this Court Taschereau C.J., speaking for the majority, adopted the reasons of Owen J.A. subject to the reservation made by Tremblay C.J.A. Cartwright J., as he then was, dissented.

I find this precedent to be conclusive against respondents Germain because the defect in title is certainly no less apparent in the case at bar than that in *Carignan v. Boutaric*, *supra*.

Respondents Germain did not suggest to the Court any reason, precedent or writer that could justify its discarding the general principles solely because they were *bona fide* third party purchasers. It may even be doubted that this could ever be possible on this ground against minors. The law takes an infinite number of precautions to protect them. It would be too easy to deprive them of that

demande, la vente de Boutaric à sa fille est annulée pour cause d'erreur, et les ventes subséquentes le sont également par suite de l'annulation de la première.

<sup>a</sup> Le mis en cause Clermont, dont on demandait le déguerpissement, a déclaré s'en rapporter à la justice mais il a produit des notes contestant la demande en Cour supérieure, en Cour d'appel et en cette Cour. Dans les notes produites en cette Cour, il plaide bonne foi et il invoque l'autorité de Solon.

<sup>c</sup> Le juge Owen, qui a rédigé les motifs de la majorité en Cour d'appel, ne parle pas de Solon mais, il écrit à la p. 230 à propos du mis en cause:

[TRADUCTION] Le détenteur actuel de l'immeuble, Clermont, même s'il était de bonne foi, n'avait pas un meilleur titre que ceux dont il avait acquis [ . . . ] Le vice de titre était facilement décelable au bureau d'enregistrement.

<sup>e</sup> Le juge Owen met en doute la bonne foi de la demanderesse à propos d'une autre partie de sa réclamation. Le juge en chef Tremblay partage l'avis du juge Owen sauf sur ce dernier point sur lequel il ne se prononce pas. Les juges Badeaux et Rivard partagent sans réserve l'avis du juge Owen. <sup>f</sup> Le juge Casey est dissident.

<sup>g</sup> En cette Cour, le juge en chef Taschereau, parlant pour la majorité, adopte les motifs du juge Owen sous la réserve faite par le juge en chef Tremblay. Le juge Cartwright, plus tard Juge en chef, est dissident.

<sup>h</sup> Je trouve ce précédent déterminant contre les intimés Germain car le vice des titres n'est sûrement pas moins apparent dans la présente affaire que celui de l'affaire *Carignan c. Boutaric*, précitée.

<sup>i</sup> Les intimés Germain ne nous ont donc indiqué aucune raison, aucun précédent et aucun auteur qui nous justifieraient d'écarter les principes généraux au seul motif qu'ils seraient des tiers acquéreurs de bonne foi. On peut même douter que l'on puisse jamais le faire pour ce motif à l'encontre de mineurs. La loi prend des précautions innombrables pour les protéger. Il serait trop facile de les

protection if all the tutors had to do was find *bona fide* third party purchasers.

I therefore conclude that the nullity of the purchase by the tutrix can be opposed to respondents Germain.

There is also a further reason for coming to this conclusion, in the particular circumstances of the case at bar. I have referred to this above: it is the lack of care shown by respondents Germain. They undoubtedly did not have any duty to have a title search conducted by a legal advisor before buying. Their good faith is undoubtedly not affected by their not having done so. However, by preferring to save that expense, they agreed to run a heavy risk against which they could have easily protected themselves. As the risk which they ran in fact materialized, they must, in my opinion, bear the consequences of it and not transfer them to appellants, who at the time were subject to incapacity, and who were unable to defend themselves.

Respondents Germain argued for *fins de non-recevoir* on the ground that appellants did not offer to restore them to their original position, as by offering to reimburse the part of the price which they had received or which they were entitled to receive from their tutrix, and to indemnify them for the expenses incurred in maintaining the immoveables.

In my view, there is no basis for these *fins de non-recevoir*. If respondents Germain are entitled to a reimbursement of the price, it must be sought from the tutrix and not from appellants, who are not entitled to this price if they succeed in having the sale annulled as to their undivided share of the immoveables. As to the expenses which respondents Germain may have incurred in preserving the immoveables, there is absolutely no evidence on this point; respondents Germain retain their remedies, if any, against appellants.

Respondents Germain further argued that appellants' statement of claim lacked an essential allegation regarding the fact that the agreement between respondent Isabelle Dynes Bigaouette and her mother dated back to at least the sale of

priver de cette protection s'il suffisait pour le tuteur de trouver des tiers acquéreurs de bonne foi.

J'en arrive donc à la conclusion que la nullité de l'acquisition par la tutrice est opposable aux intimés Germain.

Il y a d'ailleurs une raison additionnelle d'en venir à cette conclusion, dans les circonstances particulières de cette affaire. J'y ai déjà fait allusion. Il s'agit de l'imprudence des intimés Germain. Sans doute, n'avaient-ils pas l'obligation de faire procéder à un examen de titres par un conseiller juridique avant d'acheter. Sans doute, leur bonne foi n'est-elle pas affectée parce qu'ils ne l'ont pas fait. Mais en préférant s'épargner cette dépense, ils ont accepté de courir un risque sérieux contre lequel ils auraient pu facilement se protéger. Comme le risque qu'ils ont couru s'est effectivement réalisé, ils doivent, à mon avis, en porter les conséquences et non pas les faire porter par les appellants qui étaient, eux, des incapables à l'époque, et qui se trouvaient impuissants à se défendre.

Les intimés Germain invoquent des *fins de non-recevoir* du fait que les appellants ne leur ont pas proposé de les remettre en état notamment en leur offrant de leur rembourser la part du prix qu'ils ont reçue ou qu'ils ont le droit de recevoir de leur tutrice, et de les indemniser des dépenses encourues pour la conservation des immeubles.

A mon avis, ces *fins de non-recevoir* sont mal fondées. Si les intimés Germain ont droit à un remboursement du prix, c'est de la tutrice qu'ils peuvent l'exiger et non pas des appellants qui n'ont pas droit à ce prix s'ils obtiennent l'annulation de la vente pour leur part indivise des immeubles. Quant aux dépenses que les intimés Germain peuvent avoir encourues pour la conservation des immeubles, la preuve ne révèle absolument rien à ce sujet; les intimés Germain conservent, contre les appellants, leurs recours de droit commun, s'il en est.

Les intimés Germain plaident également qu'il manque à la déclaration des appellants une allégation essentielle relative au fait que l'entente entre l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette et sa mère remontait au moins à la vente du 27 août 1947.

August 27, 1947. Appellants requested leave to clarify their statement of claim on this point, and counsel for respondents Germain objected. I would not hesitate to grant leave to amend if I thought it necessary. After referring to the relevant deeds, the statement of claim specifically alleged in paragraph 12 a breach of art. 1484 of the *Civil Code*, because the tutrix had purchased through an interposed party the property of those over whom she was appointed. These allegations appear to me to be sufficient.

### 3. *Whether defects can be opposed to the Attorney General*

The Attorney General was informed of the defects in title before paying the expropriation indemnities. The least that can be said is that his position with regard to appellants can be no better than that of respondents Germain. The defect in title can be opposed to him also.

Appellants are no longer disputing the title of the Attorney General. Further, art. 1066v of the *Code of Civil Procedure* in force when the first two expropriations were made provides that depositing the notice of expropriation in the registry office

shall convey to the Government of this Province the immovable or real right so described, free from any encumbrance other than the obligation to pay the indemnity which may be awarded, . . .

Article 792 of the *Code of Civil Procedure* in effect when the third expropriation was made is similar. Further, the right to the expropriation is almost never disputed when the expropriating party is the government of the province.

However, appellants are correct in claiming from the Attorney General the expropriation indemnity to which they are entitled. The Attorney General will have to make some arrangement with respondents Germain if he has paid them more than was owed to them.

### VI—The case of appellant Mariette Denis

Appellant Mariette Denis is seeking to have her intervention in the deed of June 17, 1960 annulled on account of fear and violence.

Les appelants ont demandé l'autorisation de préciser leur déclaration sur ce point, ce à quoi le procureur des intimés Germain s'est objecté. Je n'hésiterais pas à accorder l'autorisation d'amender si je la jugeais nécessaire. La déclaration, après avoir référé aux actes pertinents, allègue spécifiquement au paragraphe 12, une transgression de l'art. 1484 du *Code civil*, parce que la tutrice s'est rendue acquéreur par personne interposée des biens de ceux dont elle avait la tutelle. Ces allégations me paraissent suffisantes.

### 3. *Opposabilité des vices au Procureur général*

Quant au Procureur général, il était, lui, informé du vice des titres avant de verser les indemnités d'expropriation. Le moins que l'on puisse dire, c'est que sa position vis-à-vis des appelants ne peut pas être meilleure que celle des intimés Germain. Le vice des titres lui est également opposable.

Les appelants ne contestent plus le titre du Procureur général. D'ailleurs, l'art. 1066v du *Code de procédure civile* en vigueur lors des deux premières expropriations prescrit que le dépôt de l'avis d'expropriation au bureau d'enregistrement

transporte au gouvernement de la province la propriété de l'immeuble ou le droit réel exproprié, libre de toute charge autre que l'obligation de payer l'indemnité adjugée, . . .

L'article 792 du *Code de procédure civile* en vigueur lors de la troisième expropriation est au même effet. Au surplus, on ne conteste pratiquement jamais le droit à l'expropriation quand l'expropriant est le gouvernement de la province.

Mais les appelants sont bien fondés à réclamer au Procureur général l'indemnité d'expropriation à laquelle ils ont droit. Le Procureur général devra s'arranger avec les intimés Germain s'il leur a versé plus qu'il ne leur devait.

### VI—Le cas de l'appelante Mariette Denis

L'appelante Mariette Denis demande l'annulation pour cause de violence et de crainte de son intervention à l'acte du 17 juin 1960.

Certain dates must be clarified.

On May 5, 1960 appellant Mariette Denis participated in a family council presided over by the notary André Cossette. It was the family council which preceded the *Joli-Cœur judgment* and recommended that respondent Marcel Cloutier be appointed as tutor *ad hoc*, and that the expropriated portion be conveyed without consideration to Her Majesty the Queen in right of the Province of Quebec. The notary Cossette prepared an authentic deed which contained the following statement:

[TRANSLATION] By these presents Mariette Denis, now of legal age, and their mother, Dame Isabelle Dynes, have promised to convey to Her Majesty without consideration all their rights, titles and interests in the said immoveables.

To this deed *en brevet* is appended a document titled "Consent". It is also dated May 5, 1960, and it bears the signature of appellant Mariette Denis. Respondent Yves Germain and the notary Cossette countersigned as witnesses. By this document, appellant Mariette Denis undertook to convey without consideration all her rights, titles and interests in the expropriated portion.

It must be observed that very clear evidence is necessary to annul on grounds of fear and violence a conveyance made in a private and a notarial deed (those of May 5, 1960), which is itself mentioned in another notarial deed (that of June 17, 1960). I refer in this regard to the following passage from *Davis v. Kerr* (1890), 17 S.C.R. 235, at p. 250:

As to the contention that she consented to sign this deed only through fear and pressure, I am of opinion with the Superior Court, and Tessier and Bossé J.J. in the Court of Appeal, that she has not proved it. A plea of this nature, to destroy a solemn deed received by a public officer, cannot prevail but on the clearest evidence. The only witnesses on the point are the defendant herself, whose testimony must be read out of the record, her sister, who is herself a defendant on an hypothecary action where the same deed of ratification is attacked by her on the same ground, and Mrs. Fields, their foster mother, whose evidence is so palpably biased that it is not surprising that the learned judge before whom the evidence was taken did not rely on it.

Il importe d'abord de préciser certaines dates.

Le 5 mai 1960, l'appelante Mariette Denis participe à un conseil de famille présidé par le notaire André Cossette. Il s'agit du conseil de famille qui a précédé le *jugement Joli-Cœur* et recommandé la nomination de l'intimé Marcel Cloutier comme tuteur *ad hoc* et la cession sans considération de la partie expropriée à Sa Majesté la Reine aux droits de la province de Québec. Le notaire Cossette en dresse un acte authentique en brevet qui comporte la mention suivante:

Par ces mêmes présentes, Mariette Denis, devenue majeure et leur mère, Dame Isabelle Dynes, ont promis de céder à Sa Majesté, sans considération, tous leurs droits, titres et intérêts sur les mêmes immeubles.

A cet acte en brevet, est annexé un document intitulé «Consentement». Il est également daté du 5 mai 1960, et il porte la signature de l'appelante Mariette Denis. L'intimé Yves Germain et le notaire Cossette contresignent comme témoins. Par ce document, l'appelante Mariette Denis s'engage à céder, sans considération, tous ses droits, titres et intérêts dans la partie expropriée.

Il convient d'observer qu'une preuve bien claire est requise pour faire annuler, à cause de violence et de crainte, une cession promise par un écrit sous seing privé et un acte notarié, (ceux du 5 mai 1960), et elle-même constatée par un autre acte notarié, (celui du 17 juin 1960). Je cite à ce propos le passage suivant de *Davis c. Kerr* (1890), 17 R.C.S. 235, à la p. 250:

[TRADUCTION] Quant à sa prétention qu'elle aurait consenti à signer cet acte uniquement par crainte et par suite de pressions, je suis d'accord avec la Cour supérieure et les juges Tessier et Bossé de la Cour d'appel qu'elle n'en a pas fait la preuve. Pour écarter un acte solennel, reçu par un officier public, une allégation de cette nature ne peut réussir que si elle est fondée sur une preuve très convaincante. Les seuls témoins qui ont déposé sur ce point sont la défenderesse elle-même, dont il faut lire la déposition au dossier, sa sœur, qui est elle-même défenderesse à l'action hypothécaire où elle conteste le même acte pour le même motif, et M<sup>me</sup> Fields, leur mère adoptive, dont le témoignage est si visiblement partial que le savant juge devant qui elle a déposé n'y a pas ajouté foi.

From her testimony, appellant Mariette Denis did not sign any documents at the notary's office on May 5, 1960, but the following day or on some subsequent date during or following an interview which Joli-Cœur J. gave her and respondent Marcel Cloutier.

Appellant Mariette Denis further testified that her consent was subsequently obtained, *inter alia*, by pressure exerted on her by her mother and her brothers and sisters. According to the trial judge, [TRANSLATION] "it was established [ . . . ] that her mother strongly insisted that on May 5, 1960 she should sign the notarial declaration in the office of the notary André Cossette [ . . . ] together with the document titled 'Consent' attached thereto". Respondent Isabelle Dynes Bigaouette insisted because payment of the balance of the selling price still owed to her apparently depended on this operation.

However, this fear and violence is not capable of vitiating the consent of appellant Mariette Denis in view of art. 997 of the *Civil Code*:

997. Mere reverential fear of a father or mother, or other ascendant, without any violence having been exercised or threats made, will not invalidate a contract.

*A fortiori* the Court must disregard the insistence or pressure brought to bear by the minor brothers and sister of appellant Mariette Denis.

What is more significant is the statement, by appellant Mariette Denis, that Joli-Cœur J. said to her: "Will you prefer to sign or send your mother to prison?" This statement is corroborated by the testimony of respondent Marcel Cloutier.

The trial judge said the following in this regard:

[TRANSLATION] In this Court, plaintiff Mariette Denis repeated essentially what she had said in her preliminary examination: she maintained that the next day she went to see Joli-Cœur J. in his chambers in the courthouse and that the latter said to her: "So, you don't want to sign?"—I said: "No"—He said: "Will you prefer to sign or send your mother to prison?"—I started crying, I signed, and I left—that is all that happened.

Selon son témoignage, l'appelante Mariette Denis n'aurait pas signé de documents chez le notaire le 5 mai 1960 mais le lendemain ou à une date subséquente au cours ou à la suite d'une entrevue que le juge Joli-Cœur lui a accordée avec l'intimé Marcel Cloutier.

Toujours selon le témoignage de l'appelante Mariette Denis, son consentement a été obtenu par suite, entre autres, des pressions exercées sur elle par sa mère et ses frères et sœurs. Selon le premier juge, «il est établi [ . . . ] que sa mère a insisté fortement pour que, le 5 mai 1960, elle signe chez le notaire André Cossette la déclaration en brevet [ . . . ] de même que le document intitulé «Consentement» qui y est annexé». L'intimée Isabelle Dynes Bigaouette insistait parce que le remboursement du solde du prix de vente qui lui restait dû dépendait apparemment de cette opération.

Mais il ne s'agit pas là de crainte ou de violence susceptible de vicier le consentement de l'appelante Mariette Denis, vu l'art. 997 du *Code civil*:

997. La seule crainte révérencielle envers le père, la mère ou autre ascendant, sans aucune menace, ou sans l'exercice d'aucune violence, ne suffit point pour faire annuler le contrat.

*A fortiori* ne doit-on pas tenir compte de l'insistance ou des pressions exercées par les frères et sœurs mineurs de l'appelante Mariette Denis.

Ce qui est plus sérieux, c'est l'assertion de l'appelante Mariette Denis selon laquelle le juge Joli-Cœur lui aurait dit: «Aimez-vous mieux donner votre signature ou envoyer votre mère en prison?» Cette assertion est corroborée par le témoignage de l'intimé Marcel Cloutier.

Voici ce qu'écrit le premier juge à ce sujet:

Devant la Cour, la demanderesse Mariette Denis répète sensiblement ce qu'elle avait déclaré dans son interrogatoire préalable; elle soutient que, le lendemain, elle serait allée voir l'honorable juge Joli-Cœur à son bureau du palais de justice et que ce dernier lui aurait dit: «Comme ça, vous ne voulez pas signer? — J'ai dit: Non — Il a dit: Aimez-vous mieux donner votre signature ou envoyer votre mère en prison? — J'ai parti à pleurer puis j'ai signé, puis je me suis en allée, c'est tout ce qui est arrivé».

The notary André Cossette remembers clearly that plaintiff Mariette Denis wanted to meet with the judge after the family council was held on May 5, 1960. He said:

I was certainly in the judge's chambers with Mariette Denis—she was there for some reason; my recollection is not exact, except that she was at the judge's office.

The documents which are included in the record as Exhibit P-16, namely the notarial declaration of the family council and the consent signed by Mariette Denis, are dated May 5, 1960. It therefore seems unlikely that the girl was required to give a signature at the courthouse after meeting with Joli-Cœur J. The only plausible explanation lies in the fact that the signature of Mariette Denis was placed on the two documents, the notarial declaration and the consent, not before the notary in his office but in the judge's chambers or in a room adjoining those chambers. In our opinion, this is evidence which seeks to squarely contradict the documents written by the notary André Cossette, namely the notarial declaration and the document entitled "Consent", documents which were dated May 5, 1960. This evidence is apparently inadmissible under Art. 1234 C.C., which provides that "Testimony cannot in any case, be received to contradict or vary the terms of a valid written instrument".

Defendant Marcel Cloutier, the tutor ad hoc of the other Denis children who were minors at that time, was heard as a witness. He allegedly accompanied Mariette Denis to the chambers of Joli-Cœur J. It is clear that this witness only remembered one thing, namely that the judge told his niece Mariette Denis "that his mother would go to prison if she did not sign". The impression resulting from this testimony is that his memory is absolutely blank except regarding the fact that the judge threatened Mariette Denis.

The trial judge therefore found it "unlikely" that appellant Mariette Denis was called on to give her signature at the courthouse, and he found the memory of the tutor *ad hoc* "absolutely blank" except on this specific point. These are findings regarding the credibility of witnesses, a matter concerning which an appellate court should rely on the trial judge, who has seen and heard the witnesses. That suffices as a basis for dismissing the specific conclusions of appellant Mariette Denis and her claim relating to the first expropriation.

Le notaire André Cossette se souvient fort bien que la demanderesse Mariette Denis désirait rencontrer le juge après la réunion du Conseil de famille en date du 5 mai 1960. Il déclare ceci:

J'ai sûrement été dans le cabinet du juge avec Mariette Denis — Elle était là pour une fin quelconque et je n'ai pas de souvenir précis, sauf celui de sa présence chez le juge.

Les documents qui apparaissent dans le dossier produit comme pièce P-16, savoir la déclaration en brevet du conseil de famille et le consentement signé par Mariette Denis, portent la date du 5 mai 1960. Il paraît donc invraisemblable que la jeune fille ait été appelée à donner une signature au palais de justice et après sa rencontre avec l'honorable juge Joli-Cœur. La seule explication plausible consisterait dans le fait que la signature de Mariette Denis aurait été apposée sur les deux documents, déclaration en brevet et consentement, non pas devant le notaire à son bureau mais bien dans le bureau du juge ou dans une pièce attenante à ce bureau. A notre avis, il s'agit là d'une preuve qui tente à contredire nettement les écrits rédigés par le notaire André Cossette, savoir la déclaration en brevet et le document intitulé «Consentement», écrits qui portent la date du 5 mai 1960. Cette preuve serait irrégulière aux termes de l'article 1234 C.C. qui prescrit que dans aucun cas, la preuve testimoniale ne peut être admise pour contredire ou changer les termes d'un écrit valablement fait.

Le défendeur Marcel Cloutier, tuteur ad hoc des autres enfants Denis qui étaient encore mineurs à cette époque, a été entendu comme témoin. Il aurait accompagné Mariette Denis dans le bureau de l'honorable juge Joli-Cœur. Il est manifeste que ce témoin ne se souvient que d'une chose, savoir que le juge aurait dit à sa nièce Mariette Denis «que sa mère irait en prison si elle ne signait pas». L'impression qui se dégage de ce témoignage est que sa mémoire est absolument défaillante sauf en ce qui concerne le fait que le juge aurait menacé Mariette Denis.

Le premier juge trouve donc «invraisemblable» que l'appelante Mariette Denis ait été appelée à donner une signature au palais de justice, et il trouve la mémoire du tuteur *ad hoc* «absolument défaillante» sauf sur ce point précis. Ce sont là des conclusions portant sur la crédibilité des témoins, un sujet à propos duquel une juridiction d'appel doit s'en remettre au juge du procès, qui a vu et entendu les témoins. Cela suffit à faire rejeter les conclusions particulières de l'appelante Mariette Denis et à la débouter en ce qui concerne la

However, she retains her rights to the two other expropriation indemnities and her rights in the residue of the immoveables.

#### VII—Whether the *Joli-Cœur* judgment defective

This judgment relates only to the first expropriation. It does not affect the other points at issue.

As I indicated above, respondent Isabelle Dynes Bigaouette first requested, by a motion dated April 23, 1960 and submitted to a judge of the Superior Court, to be authorized in her capacity as tutrix to her minor children to convey the rights, titles and interests of the latter to Her Majesty in right of the Province of Quebec. Joli-Cœur J. found this procedure inadequate: he required that a family council be held, a tutor *ad hoc* appointed and the motion served on the various interested parties.

In order to appreciate the nature of the *Joli-Cœur* judgment and of the deed of June 17, 1960 authorized by it, this judgment must be cited almost in its entirety:

[TRANSLATION] WHEREAS by judgment rendered on January 8, 1945, (case No. 8,975) applicant was appointed tutrix to Mariette, Lisette, Wellie, Jeannot and Adjutor Denis, the minor children of her first marriage with the late HENRI DENIS, and LUCIEN DYNES was appointed subrogate-tutor;

WHEREAS by this judgment the said tutrix was authorized to accept, under benefit of inventory, for the said minors, the intestate succession of their late father, the said HENRI DENIS, who died on December 23, 1944.

WHEREAS by judgment rendered on August 21, 1948, by Oscar Boulanger, J.S.C., applicant was authorized in her said capacity as tutrix to sell by mutual consent the immovable rights of her pupils in the immoveables owned by her jointly with her said minor children, the said immoveables being known and designated as Nos. eighty-eight and eighty-nine (88 & 89) of the official cadastre for the parish of Ste-Foy, county of Quebec City, excluding the portions sold, the whole without buildings thereon;

WHEREAS under the said judgment applicant, acting personally and in her said capacity as tutrix for her minor children, sold the said immoveables by mutual

première expropriation. Elle conserve cependant ses droits aux deux autres indemnités d'expropriation ainsi que ses droits dans le résidu des immeubles.

#### VII—Irrégularité du jugement *Joli-Cœur*

Ce jugement ne se rapporte qu'à la première expropriation. Il ne touche pas aux autres questions en litige.

L'intimée Isabelle Dynes Bigaouette, comme je l'ai déjà indiqué, avait d'abord demandé par une requête en date du 23 avril 1960 adressée à un juge de la Cour supérieure, d'être autorisée à céder en sa qualité de tutrice à ses enfants mineurs, les droits, titres et intérêts de ces derniers à Sa Majesté aux droits de la province de Québec. Le juge Joli-Cœur ne jugea pas cette procédure suffisante: il exigea la tenue d'un conseil de famille, la nomination d'un tuteur *ad hoc* et la signification de la requête à diverses parties intéressées.

Pour apprécier la nature du jugement *Joli-Cœur* ainsi que de l'acte du 17 juin 1960 qu'il autorise, il importe de citer ce jugement presque intégralement:

VU que par jugement rendu le 8 janvier 1945, (dossier n°: 8,975) la requérante a été nommé (*sic*) tutrice à Mariette, Lisette, Wellie, Jeannot et Adjutor Denis, enfant (*sic*) mineurs issus de son premier mariage avec feu HENRI DENIS, et LUCIEN DYNES, nommé subrogé-tuteur;

VU que par le même jugement, la dite tutrice a été autorisée à accepter, sous bénéfice d'inventaire, pour les dits mineurs, la succession «ab intestat» de feu leur père, ledit HENRI DENIS, décédé le 23 décembre 1944;

VU que par jugement rendu le 21 août 1948, par l'Hon. J. Oscar Boulanger, J.C.S., la requérante a été autorisée, en sa dite qualité de tutrice, à vendre de gré-à-gré les droits immobiliers de ses pupilles dans les immeubles dont elle était propriétaire par indivis avec ses dits enfants mineurs, lesdits immeubles connus et désignés sous les numéros quatre-vingt-huit et quatre-vingt-neuf (88 & 89) du cadastre officiel pour la paroisse de Ste-Foy, comté de Québec, à distraire les parties vendues, le tout sans bâtisse;

VU qu'en vertu du susdit jugement, la requérante, agissant tant personnellement qu'en sa dite qualité de tutrice à ses enfants mineurs, a vendu les dits immeu-



consent to her mother, Dame Sarah Leclerc, the widow of William Herbert Dynes, by deed of sale concluded before Mr. Arthur Duval, notary, on August 27, 1947, a copy of which was registered at Quebec City on February 5, 1948 as No. 321715;

WHEREAS applicant acquired the said immoveables from her mother, the said Dame Sarah Leclerc-Dynes, by the terms of a deed of gift done before Mr. Arthur Duval, notary, on February 2, 1948, a copy of which was registered at Quebec City on February 5, 1948 as No. 321716;

WHEREAS applicant, who was then remarried to Mr. John Bigaouette and authorized by him, sold to Victor and Yves Germain the said immoveables, as appears from a deed of sale done before Mr. Emile Boiteau, notary, on March 7, 1956, a copy of which was registered at Quebec City on March 12, 1956 as No. 431161;

WHEREAS the Department of Roads of the province of Quebec requires a portion of the said lots 88 and 89, described above, for the construction of Blvd. Henri IV and Blvd. Charest, as appears from a notice of expropriation registered at Quebec City on May 17, 1957, as No. 429389;

WHEREAS there are doubts as to the ownership titles of the present owners of the immoveables described above, since the deeds registered at Quebec City as Nos. 321715 and 321716 may be interpreted as contrary to the provisions of Art. 1484 of the Civil Code, prohibiting a tutor from purchasing either by himself or by a party interposed property over which he is appointed;

WHEREAS by a motion dated April 23, 1960 applicant asked one of the honourable judges of the Superior Court for the district of Quebec City for leave to convey to Her Majesty Queen Elizabeth II, in right of the province of Quebec (Department of Roads), in her capacity as tutrix to her still minor children, Lisette, Wellie, Jeannot and Adjutor Denis, all rights, titles and interests in the following immoveables:

WHEREAS prior to allowing the said motion, the Honourable J. ACHILLE JOLI-CŒUR, J.S.C., required that a tutor 'ad hoc' be appointed for the said minor children and the said motion be served on MARIETTE DENIS, then of legal age, on VICTOR and YVES GERMAIN, the present owners, and on the Department of Roads of the province of Quebec;

bles, de gré-à-gré, à sa mère, Dame Sarah Leclerc, veuve de William Herbert-Dynes, par acte de vente passé devant M<sup>e</sup> Arthur Duval, notaire, le 27 août 1947 et dont copie a été enregistrée à Québec, le 5 février 1948 sous le numéro 321715;

VU que la requérante a acquis lesdits immeubles de sa mère, ladite Dame Sarah Leclerc-Dynes, aux termes d'un acte de donation gratuite passé devant M<sup>e</sup> Arthur Duval, notaire, le 2 février 1948 et dont copie a été enregistrée à Québec, le 5 février 1948 sous le numéro 321716;

VU que la requérante, alors épouse en secondes noces de Sieur John Bigaouette et de ce dernier autorisée, a vendu à Victor et Yves Germain les dits immeubles, tel qu'il appert d'un acte de vente passé devant M<sup>e</sup> Emile Boiteau, notaire, le 7 mars 1956 et dont copie a été enregistrée à Québec, le 12 mars 1956, sous le numéro 431161;

VU que le Ministère de la Voirie de la province de Québec requiert une partie desdits lots 88 et 89 susdésignés, pour la construction du boulevard Henri IV et du boulevard Charest, tel qu'il appert d'un avis d'expropriation enregistré à Québec, le 17 mai 1957, sous le numéro 429389;

VU qu'il s'élève des doutes sur les titres de propriété des propriétaires actuels des immeubles ci-dessus décrits, alors que les actes enregistrés à Québec sous les numéros 321715 et 321716 pourraient être interprétés comme contraires aux dispositions de l'article 1484 du Code Civil, interdisant au tuteur de se rendre acquéreur par lui-même ou par partie interposée des biens dont il a la tutelle;

VU que par une requête en date du 23 avril 1960 la requérante a demandé à l'un des Honorables Juges de la Cour Supérieure du district de Québec, l'autorisation de céder à Sa Majesté la Reine Elisabeth II, aux droits de la Province de Québec (Ministère de la Voirie), en sa qualité de tutrice à ses enfants encore mineurs: Lisette, Wellie, Jeannot et Adjutor Denis, tous les droits, titres et intérêts sur les immeubles suivants:

VU que pour faire droit à ladite requête, l'Honorable J. ACHILLE JOLI-CŒUR, J.C.S., a exigé la nomination d'un tuteur «ad hoc» aux dits enfants mineurs et la signification de ladite requête à MARIETTE DENIS, devenue majeure, à VICTOR & YVES GERMAIN, les propriétaires actuels et au Ministère de la Voirie de la Province de Québec;

WHEREAS the said motion was duly served on the said Mariette Denis, Victor and Yves Germain and the Department of Roads of the province of Quebec;

IN VIEW OF the affidavit and consent by applicant to intervene personally in this conveyance, and of her daughter Mariette Denis, now of legal age;

IN VIEW OF section 91 of the Quebec Railway Act (chapter 291, R.S.Q. 1941), which applies to the Roads Act under section 104 of the latter Act (chapter 141, R.S.Q. 1941);

IN VIEW OF the unanimous advice of the said family council;

WE ALLOW the said motion; WE HOMOLOGATE the proceedings and advice of the said family council;

WE APPOINT as tutor 'ad hoc' to the said minor children their maternal cousin, MARCEL CLOUTIER;

WE NOTE the acceptance by the said tutor 'ad hoc' of the said responsibility and the oath taken by him, before the aforementioned notary, to fulfil its duties faithfully and in accordance with the law;

WE AUTHORIZE the said MARCEL CLOUTIER, in his capacity as tutor 'ad hoc' to the aforesaid minor children, to convey without consideration to Her Majesty Queen Elizabeth II, in right of the province of Quebec (Department of Roads), with the intervention of applicant, authorized by her husband, and of the said Mariette Denis, now of legal age, all titles, rights and interests of the said minors in the immoveables described above.

QUEBEC CITY, May 16, 1960.

Before considering the arguments made on either side for and against the *Joli-Cœur judgment*, it is appropriate to examine the legislative provisions relied on in that judgment and in accordance with which it seems to have been rendered. These are s. 104 of the *Roads Act* (R.S.Q. 1941, c. 141) and s. 91 of the *Quebec Railway Act* (R.S.Q. 1941, c. 291).

Section 104 of the *Roads Act* is the only provision of Division XII of that Act, entitled "Expropriations". It states:

**104.** The provisions of sections 91, 92, 93, 94 and 98 of the Quebec Railway Act (Chap. 291) shall apply to the acquisition of land or servitudes which the Minister of Roads is authorized to effect under this act.

VU que ladite requête a été dûment signifiée auxdits Mariette Denis, Victor et Yves Germain et au Ministère de la Voirie de la Province de Québec;

VU l'affidavit et le consentement de la requérante à concourir personnellement à cette cession et de sa fille Mariette Denis, devenue majeure;

VU l'article 91 de la Loi des Chemins de Fer de Québec, (chapitre 291, S.R.Q. 1941) qui s'applique à la Loi de la Voirie en vertu de l'article 104 de cette dernière loi (chapitre 141, S.R.Q. 1941);

VU l'avis unanime du dit conseil de famille;

ACCORDONS ladite requête; HOMOLOGUONS les procédés et avis dudit conseil de famille;

NOMMONS comme tuteur «ad hoc» aux dits enfants mineurs, leur cousin maternel, MARCEL CLOUTIER;

DONNONS ACTE, audit tuteur «ad hoc» de son acceptation de ladite charge et du serment prêté par lui, devant le notaire susdit, d'en remplir les devoirs fidèlement et suivant la loi;

AUTORISONS le dit MARCEL CLOUTIER, en sa qualité de tuteur «ad hoc» aux susdits enfants mineurs, à céder sans considération, à Sa Majesté la Reine Elizabeth II, aux droits de la Province de Québec, (Ministère de la Voirie), avec le concours de la requérante autorisée de son époux et de ladite Mariette Denis, devenue majeure, tous les titres, droits et intérêts desdits mineurs dans les immeubles décrits ci-dessus.—

QUEBEC, ce 16 mai 1960.—

Avant d'examiner les moyens que l'on soulève de part et d'autre à l'encontre ou au soutien du *jugement Joli-Cœur*, il convient de considérer les dispositions législatives que ce jugement invoque et en vertu desquelles il paraît avoir été rendu. Il s'agit de l'art. 104 de la *Loi de la voirie*, (S.R.Q. 1941, chap. 141) et de l'art. 91 de la *Loi des chemins de fer de Québec*, (S.R.Q. 1941, chap. 291).

L'article 104 de la *Loi de la voirie* est la seule disposition de la Section XII de cette loi, intitulée «Des expropriations». Il prescrit:

**104.** Les dispositions des articles 91, 92, 93, 94 et 98 de la Loi des chemins de fer de Québec (chap. 291) s'appliquent à l'acquisition des terrains ou servitudes que le ministre de la voirie est autorisé à faire en vertu des dispositions de la présente loi.

If a voluntary sale cannot be effected through failure of the parties to agree, all questions arising shall be settled by expropriation proceedings.

For the purpose of this section, the above-mentioned provisions of the Quebec Railway Act are amended by replacing therein, wherever they occur, the words "the company", by the words "the Minister of Roads", and the word "railway", by the words "highway, road or main communication road", as the case may be.

Section 91 of the *Quebec Railway Act* provides:

91. 1. All corporations and persons, usufructuaries, institutes, tutors, curators, executors, administrators and all other representatives, not only for and on behalf of themselves, their heirs and successors, but also for and on behalf of those whom they represent, whether infants, issue unborn, lunatics, idiots, married women, or other persons, seized, possessed of, or interested in any lands, may sell and convey to the company all or any part thereof.

2. In all cases, however, in which the parties above mentioned have no legal right to sell and convey the ownership of the said lands, they shall, after having given due notice to the parties interested obtain, from a judge of the Superior Court, permission to sell and convey such lands.

3. The judge shall give the necessary orders for the investment of the price thereof, in such manner as he shall deem expedient, and in accordance with the laws of the Province, to protect the rights of the owner of such lands.

As I understand it, the purpose and effect of the latter provision is, *inter alia*, in cases of expropriation for building roads, to enable certain persons who, for other matters, have only limited powers of administration or disposal, to sell land to the Minister of Roads by mutual agreement, with the reduced formal requirements of permission of a judge of the Superior Court, after giving notice to the interested parties. Thus, the tutor may be authorized by a judge of the Superior Court to sell and convey this land to the Minister without taking the advice of the family council, and of course without having to show that it is necessary or advantageous for the minor to sell, as would otherwise be required under arts. 297 and 298 of the *Civil Code*. The tutor is further relieved of the

Si la vente volontaire ne peut avoir lieu par défaut d'accord entre les parties, toutes les questions qui s'élèvent sont réglées par des procédures d'expropriation.

Pour les fins du présent article, les dispositions ci-dessus mentionnées de la Loi des chemins de fer de Québec sont modifiées en remplaçant partout où ils se rencontrent les mots «la compagnie», par les mots «le ministre de la voirie», et les mots «chemin de fer», par les mots «route, chemin ou chemin de grande communication», selon le cas.

Quant à l'art. 91 de la *Loi des chemins de fer de Québec*, il prescrit:

91. 1. Toute corporation et personne quelconque, tout usufruitier, grevé de substitution, tuteur, curateur, exécuteur, administrateur et autres représentants non seulement pour eux-mêmes, leurs héritiers et successeurs, mais aussi pour et au nom de ceux qu'ils représentent, soit qu'ils soient des enfants nés ou à naître, aliénés, idiots, toute femme sous puissance de mari, ou autre personne saisie ou en possession de terrains, ou qui y a des intérêts, peuvent vendre et transporter à la compagnie ces terrains, en tout ou en partie.

2. Toutefois, lorsque les parties ci-dessus dénommées n'ont pas légalement le droit de vendre et transporter la propriété de ces terrains, elles doivent obtenir d'un juge de la Cour supérieure, après avis dûment donné aux intéressés, l'autorisation de les vendre et transporter.

3. Le juge doit donner les ordres nécessaires pour le emploi du prix d'acquisition, en la manière qu'il trouve utile, suivant les lois de la province, afin de sauvegarder les intérêts du propriétaire des terrains.

Cette dernière disposition, comme je la comprends, à pour but et pour effet, entre autres, au cas d'expropriation pour fins de voirie, d'habiliter certaines personnes qui n'ont, pour les autres affaires, que des pouvoirs limités d'administration ou d'aliénation, à vendre des terrains de gré à gré au ministre de la Voirie, avec les formalités réduites d'une autorisation d'un juge de la Cour supérieure, après avoir donné avis aux intéressés. Ainsi, le tuteur peut être autorisé par un juge de la Cour supérieure, à vendre et transporter ces terrains au Ministre sans prendre l'avis du conseil de famille et sans avoir évidemment à démontrer qu'il est nécessaire ou avantageux pour le mineur de vendre, comme l'exigeraient autrement les art. 297 et 298 du *Code civil*. Le tuteur est également

formalities provided in arts. 1341 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure* then in effect for the sale of the property of minors, such as sales at auction, a formality which is not compatible with an expropriation.

The first anomaly contained in the *Joli-Cœur judgment* is that, though it relies on a provision designed to reduce formal requirements, it provides for what this provision does not require, such as the advice of the family council and the appointment of a tutor *ad hoc*.

What is more serious is that s. 91 of the *Quebec Railway Act* in no way empowers a judge of the Superior Court to authorize a tutor [TRANSLATION] "to convey his rights to the Minister without consideration" in his capacity as tutor. He can only authorize the tutor to "sell and convey" the immoveables to the Minister and, as a sale presupposes a price, para. 3 of s. 91 imposes on the judge a duty to give the orders necessary for reinvestment of the purchase price. The *Joli-Cœur judgment* contravenes this requirement by leaving nothing to be reinvested.

If this judgment is to be taken literally, it authorizes a gift of the minor's property, and appellants are right in maintaining that it contravenes art. 763 of the *Civil Code*, which formally prohibits the minor from making a gift *inter vivos*, and his tutor from making a gift of the property entrusted to him. Even a judgment accompanied by formalities not required by law cannot permit what the law prohibits.

I therefore find that the *Joli-Cœur judgment* cannot be based on the actual provision pursuant to which it was rendered. However, this finding is not conclusive. The *Joli-Cœur judgment* need not necessarily be taken literally. It is necessary to look at the real nature rather than the form of this judgment and of the deed of June 17, 1960 which it authorized, which refers to it expressly and to which it is attached. If this judgment and deed are anything other than what they appear to be, it is still conceivable for them to rest on some provision other than s. 91 of the *Quebec Railway Act*.

dispensé des formalités prévues aux art. 1341 et suiv. du *Code de procédure civile* alors en vigueur pour la vente des biens des mineurs, telle la vente aux enchères, une formalité qui est incompatible avec une expropriation.

La première anomalie que comporte le *jugement Joli-Cœur*, c'est que tout en invoquant une disposition destinée à réduire les formalités, il en prescrit que cette disposition n'exige pas, comme l'avis du conseil de famille et la nomination d'un tuteur *ad hoc*.

Ce qui est plus grave, c'est que l'art. 91 de la *Loi des chemins de fer de Québec* ne donne en aucune façon à un juge de la Cour supérieure le pouvoir d'autoriser un tuteur *és qualité* «à céder sans considération ses droits au Ministre». Il ne peut l'autoriser qu'à «vendre et transporter» les immeubles au Ministre et, comme une vente suppose un prix, le par. 3 de l'art. 91 impose au juge le devoir de donner les ordres nécessaires pour le emploi du prix d'acquisition. Le *jugement Joli-Cœur* contrevient à cette exigence en ne laissant rien à remployer.

Si ce jugement doit être pris à la lettre, il autorise la donation des biens du mineur et les appellants ont raison de soutenir qu'il contrevient à l'art. 763 du *Code civil* qui interdit formellement au mineur de donner entre vifs, et à son tuteur de donner les biens qui lui sont confiés. Même un jugement assorti de formalités que la loi n'exige pas ne peut permettre ce que la loi interdit.

Je constate donc que le *jugement Joli-Cœur* ne peut être fondé sur la disposition même en vertu de laquelle il paraît avoir été rendu. Mais cette conclusion n'est pas déterminante. Le *jugement Joli-Cœur* ne doit pas nécessairement être pris à la lettre. Il faut s'interroger sur la nature véritable plutôt que sur la forme de ce jugement et de l'acte du 17 juin 1960 qu'il autorise, qui y réfère expressément et auquel il est annexé. Si ce jugement et cet acte sont autre chose que ce qu'ils paraissent être, il reste concevable qu'ils soient fondés sur une autre disposition que l'art. 91 de la *Loi des chemins de fer de Québec*.

As indicated above, appellants in fact contend that the *Joli-Cœur judgment* authorized an actual gift of property belonging to minors, and that it must accordingly be annulled. Lamer J.A. rejected this contention [at p. 547]:

[TRANSLATION] . . . I am of the opinion that this is not really a judgment authorizing a gift *inter vivos* of the property of minors. It has to be assumed that, so long as there has not been a detailed accounting, appellants could have required that the amount of \$3,500 be paid to them for their share of the land, although the evidence at the trial indicated to the Court that this amount paid by their grandmother in fact came from their mother.

This is one of the reasons why Lamer J.A. refused to revoke the *Joli-Cœur judgment*.

Respondents Germain argued that the *Joli-Cœur judgment* does not authorize a gift, because the minors were not owners of the expropriated portion. In their submission, it was actually a transaction designed to avoid a lawsuit with them which was authorized by the *Joli-Cœur judgment*, in accordance with arts. 307 and 1918 of the *Civil Code*:

**307.** [A tutor cannot transact in the name of the minor unless he is authorized by the court, the judge or the prothonotary, on the advice of a family council. Accompanied by these formalities, transaction has the same effect as if made with a person of age.]

**1918.** Transaction is a contract by which the parties terminate a lawsuit already begun, or prevent future litigation by means of concessions or reservations made by one or both of them.

Respondents Germain further submitted that art. 1918 of the *Civil Code* does not require reciprocal concessions by all parties, conditions which some writers such as Mignault have felt it necessary to add: *Le droit civil canadien*, t. 8, at p. 303. Respondents Germain noted that, in any case, appellants were thereby guaranteeing their right to a share of the price paid by them to the tutrix, excluding, as Lamer J.A. pointed out, a share of the price nominally received by the tutrix from her mother. This transaction was made by a tutor *ad hoc* because of the conflict of interests between the tutrix and her pupils. However, authorized by the Court on the advice of the family council, it "has

Les appelants, je l'ai déjà indiqué, soutiennent effectivement que le *jugement Joli-Cœur* autorise une véritable donation d'un bien appartenant à des mineurs et qu'il doit par conséquent être annulé.

<sup>a</sup> Le juge Lamer leur donne tort [à la p. 547]:

. . . je suis d'opinion qu'il ne s'agit pas ici vraiment d'un jugement qui autorise une donation entre vifs des biens des mineurs. En effet, il faut tenir pour acquis, en l'absence d'une reddition de comptes qu'il était loisible aux appelants d'exiger que la somme de \$3,500. leur fut versée pour leur part du terrain, même si la preuve au procès nous a révélé que cette somme que payait leur grand-mère venait effectivement de leur mère.

<sup>c</sup> C'est là une des raisons pour lesquelles le juge Lamer refuse de rétracter le *jugement Joli-Cœur*.

<sup>d</sup> Les intimés Germain soutiennent que le *jugement Joli-Cœur* n'autorise pas une donation, car les mineurs n'étaient pas propriétaires de la partie expropriée. Ce serait plutôt une transaction destinée à éviter un procès avec eux que le *jugement Joli-Cœur* autorise, en conformité des art. 307 et 1918 du *Code civil*:

**307.** [Le tuteur ne peut transiger au nom de son mineur qu'après y avoir été autorisé par le tribunal, le juge ou le protonotaire, sur avis du conseil de famille; accompagnée de ces formalités, la transaction a le même effet que si elle était faite avec un majeur.]

**1918.** La transaction est un contrat par lequel les parties terminent un procès déjà commencé, ou préviennent une contestation à naître, au moyen de concessions ou de réserves faites par l'une des parties ou par toutes deux.

<sup>h</sup> Les intimés Germain ajoutent que l'art. 1918 du *Code civil* n'exige pas de concessions réciproques de toutes les parties, conditions que certains auteurs, comme Mignault, ont cru devoir suppléer: *Le droit civil canadien*, t. 8, à la p. 303. Les intimés Germain font observer que, de toutes façons, les appelants s'assuraient par là de leur droit à une quote-part du prix payé par eux à la tutrice sans compter, comme le fait remarquer le juge Lamer, une quote-part du prix nominaleme<sup>i</sup>nt reçu par la tutrice de sa mère. Cette transaction est faite par un tuteur *ad hoc* à cause du conflit d'intérêts entre la tutrice et ses pupilles. Mais, autorisée par le tribunal sur avis du conseil de

the same effect as if made with a person of age”, as provided for by art. 307 of the *Civil Code*. Under art. 1920 of the *Civil Code*, this effect is that of a final judgment (*res judicata*).

The Attorney General agreed with respondents Germain in arguing that the *Joli-Cœur judgment* did not authorize a gift *inter vivos*. However, he viewed the operation differently from respondents Germain. In the opinion of the Attorney General, it actually was a deed of ratification or confirmation. In his submission he stated:

[TRANSLATION] If we analyse the facts which gave rise to this judgment by Joli-Cœur J., we find that the judgment was intended purely to record the fact that the ownership title of respondents Germain was valid: it in no way entailed judicial approval for the tutor to convey the property of minors without consideration. The consideration for the immoveables which were the subject of the sale by the tutrix to respondents Germain was paid to the tutrix in due form.

If in fact the minors had some right that could be maintained against their tutrix, it should be exercised against her: as far as respondents Germain are concerned, their consent meant nothing more or less than obtaining:

... From the person selling the property a removal of all obstacles which might limit or threaten their ownership title (1943 C.C.)—judgment by Georges Pelletier J., January 6, 1976, volume 5, page 964.

We respectfully submit that in these circumstances as far as appellants were concerned this was not a gift *inter vivos*, but a ratification of a legal act done by the tutrix, authorized by the family council and sanctioned by judicial authority. This is why the incapacity referred to by Mignault and Sirois in their respective treatises does not apply to the case at bar.

In my view, the approach taken to the case by the Attorney General is the correct one: it is in fact a ratification or confirmation that is authorized by the *Joli-Cœur judgment*. However, the Attorney General is wrong in arguing that this confirmation is valid and could be authorized by judgment.

famille, elle «a le même effet que si elle était faite avec un majeur», comme le prescrit l’art. 307 du *Code civil*. Or cet effet est celui de la chose jugée en dernier ressort, selon l’art. 1920 du *Code civil*.

a

Le Procureur général s’accorde avec les intimés Germain pour soutenir que ce n’est pas une donation entre vifs que le *jugement Joli-Cœur* autorise.

b

Mais il qualifie cette opération autrement que les intimés Germain. Pour le Procureur général, il s’agirait plutôt d’un acte de ratification ou confirmation. Voici comment il s’exprime dans son mémoire:

c

Si nous analysons les faits qui ont donné naissance à ce jugement de l’honorable juge Jolicœur, nous constatons que le jugement n’avait pour d’autre objet que de constater que le titre de propriété des intimés Germain était valide, il ne s’agissait nullement d’obtenir un assentiment judiciaire pour le tuteur de céder sans considération les biens des mineurs. En effet, la considération pour les immeubles faisant l’objet de la vente de la tutrice aux intimés Germain, avait été versée à cette dernière en bonne et due forme.

d

Si, effectivement, les mineurs avaient quelque droit à faire valoir à l’encontre de leur tutrice, c’est contre cette dernière qu’ils devraient les exercer; vis-à-vis les intimés Germain, leur consentement ne signifiait ni plus ni moins que d’obtenir:

e

«... De celle qui leur a vendu la disparition de tous les obstacles pouvant restreindre ou mettre en danger leur titre de propriété (1943 C.C.)» Jugement de l’honorable juge Georges Pelletier, le 6 janvier 1976, volume 5, page 964).

f

Nous soumettons respectueusement qu’il ne s’agit pas dans l’espèce pour les appelants d’une donation entre vifs, mais d’une ratification d’un acte juridique posé par la tutrice, autorisé (*sic*) par le conseil de famille et sanctionné par l’autorité judiciaire. C’est pourquoi l’incapacité dont parlent Mignault et Sirois dans leurs traités respectifs, ne s’applique pas au cas sous étude.

g

A mon avis, c’est le Procureur général qui a raison en ce qui concerne la qualification: c’est bien une ratification ou confirmation que le *jugement Joli-Cœur* autorise. Mais le Procureur général a tort de soutenir que cette confirmation est valide et pouvait être autorisée par jugement.

h

i

The *Civil Code* appears to treat the words “confirmation” and “ratification” as synonyms in arts. 1214, 1008 and 1235, as they read at the time:

**1214.** The act of ratification or confirmation of an obligation which is voidable does not make proof unless it expresses the substance of the obligation, the cause of its being voidable and the intention to cover the nullity.

**1008.** A person is not relievable from a contract made by him during minority, when he has ratified it since attaining the age of majority.

**1235.** In commercial matters in which the sum of money or value in question exceeds [fifty dollars,] no action or exception can be maintained against any party or his representatives unless there is a writing signed by the former, in the following cases:

1. . . .

2. Upon any promise or ratification made by a person of the age of majority, of any obligation contracted during his minority;

The legislator follows current usage on this point, though the writers distinguish ratification from confirmation. They define confirmation as the waiver of an action to rescind and ratification as the approval of an act done without authority. Mignault (*supra*, vol. 6, at p. 31) writes:

[TRANSLATION] Article 1214 confuses [...] confirmation and ratification, which are not the same thing, the first being the waiver of an action to rescind, the second approval of an act done by another without authority.

Langelier is completely in agreement. In his text *De la preuve en matière civile et commerciale* (1894), he writes at pp. 205-06:

#### [TRANSLATION] ACTS OF CONFIRMATION

**475.** Art. 1214 states a special rule regarding acts of *ratification or confirmation* of voidable obligations.

It is clear that, in this article, *ratification* and *confirmation* are confused. However, the two words do not have the same meaning. Ratification is the approval of an act done by another without authority. For example, A gives B a mandate to buy a certain house for him for \$5,000; B buys it for \$6,000; A learns of this and approves the purchase: this is a ratification.

Le *Code civil* paraît traiter les expressions «confirmation» et «ratification», comme des synonymes aux art. 1214, 1008 et 1235, dans leur rédaction de l'époque:

**1214.** L'acte de ratification ou confirmation d'une obligation annulable ne fait aucune preuve, à moins qu'il n'exprime la substance de l'obligation, la cause d'annulation et l'intention de la couvrir.

**1008.** Nul n'est restituable contre le contrat qu'il a fait durant sa minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité.

**1235.** Dans les matières commerciales où la somme de deniers ou la valeur dont il s'agit excède [cinquante piastres,] aucune action ou exception ne peut être maintenue contre une personne ou ses représentants sans un écrit signé par elle dans les cas suivants:

1. . . .

2. De toute promesse ou ratification par un majeur d'obligations par lui contractées pendant sa minorité;

Le législateur suit l'usage courant sur ce point quoique les auteurs distinguent la ratification de la confirmation. Ils définissent la confirmation comme une renonciation à une action en rescision et la ratification comme l'approbation d'un acte fait sans pouvoir. Mignault (précité, t. 6, à la p. 31) écrit:

L'article 1214 confond [...] la confirmation et la ratification, ce qui n'est pas la même chose, la première étant la renonciation à l'action en annulation, la seconde l'approbation d'un acte fait par un autre sans pouvoir.

Langelier abonde dans le même sens. Dans son ouvrage *De la preuve en matière civile et commerciale* (1894), il écrit aux pp. 205 et 206:

#### DES ACTES CONFIRMATIFS

**475.** L'art. 1214 pose une règle spéciale relativement aux actes de *ratification ou confirmation* d'obligations annulables.

Il est évident que, dans cet article, on confond la *ratification* et la *confirmation*. Les deux mots n'ont pas cependant le même sens. La ratification est l'approbation d'un acte fait pour autrui sans pouvoir. Par exemple: A donne mandat à B de lui acheter pour \$5,000 une certaine maison; B l'achète pour \$6,000; A, ayant appris cela approuve l'achat; voilà une ratification.

476. Confirmation is the approval of an act which is voidable on account of minority and lesion, fraud, mistake or fear. A, a minor, sells a house to B for \$5,000. Even if it is not worth more, he could have the sale rescinded because, in this case, it is subject to restitution even without lesion. When he reaches legal age, he approves the sale; in reality he is performing an act of confirmation, and is waiving the right which he has to bring an action to rescind.

477. Does the special rule which we shall see apply to both classes of acts or only to acts of confirmation? I believe the answer has to be that it applies to both. I think it is clear that the acts to which art. 1214 are intended to refer are all acts designed to remedy what was defective in an earlier act.

The definition given by André Nadeau and Léo Ducharme to confirmation in the *Traité de Droit civil du Québec*, vol. 9, at pp. 319 and 320, is as follows:

[TRANSLATION] Confirmation is the waiver by an individual of the right to challenge a voidable act which he decides to approve. The confirmation may be express or tacit. It is tacit if it results from an act which necessarily presupposes that the person doing it intends to waive the right to challenge the voidable act at law. It is express in cases where approval of the voidable act is in accordance with art. 1214 C.C. As it is essentially unilateral, it does not require acceptance by the party against whom the person confirming could have pleaded nullity. Revocation therefore cannot be sought on the ground of an absence of acceptance.

The legislator dealt primarily with confirmation in art. 1214, in the chapter "Of Proof", but the writers are also agreed in acknowledging that this provision goes beyond the rules of evidence.

Nadeau and Ducharme, *supra*, at pp. 318 and 319, consider that:

[TRANSLATION] Article 1214 C.C. deals much more with the validity of the confirming or ratifying act than with its probative value. This provision would have been more appropriately located in the chapter on nullity or the rescission of contracts, since it provides a general theory of confirmation. This article goes beyond the subject-matter of evidence.

These writers follow Mignault, *supra*, vol. 6, at pp. 30-31:

476. La confirmation est l'approbation d'un acte annulable pour cause de minorité et lésion, de dol, d'erreur, de crainte. A, mineur, vend à B une maison pour \$5,000. Même si elle ne vaut pas plus, il pourrait faire rescinder la vente, car, en ce cas, il est restituable même sans lésion. Devenu majeur, il approuve la vente; c'est un acte de confirmation qu'il fait; en réalité, il renonce alors à l'action en rescision qui lui appartenait.

477. La règle spéciale que nous allons voir s'applique-t-elle aux deux classes d'actes ou seulement aux actes de confirmation? Je crois qu'il faut répondre qu'elle s'applique aux deux. Il me paraît évident que les actes dont on a voulu parler dans l'art. 1214, ce sont tous les actes ayant pour objet de remédier à ce qu'il y avait de défectueux dans un acte antérieur.

La définition qu'André Nadeau et Léo Ducharme donnent de la confirmation dans *Traité de Droit civil du Québec*, t. 9, aux pp. 319 et 320 est la suivante:

La confirmation est la renonciation par une personne au droit d'attaquer un acte annulable qu'elle décide d'approuver. La confirmation peut être expresse ou tacite. Elle est tacite, si elle résulte d'un acte supposant nécessairement chez la personne qui le fait l'intention de renoncer au droit d'attaquer en justice l'acte annulable. Elle est expresse dans les cas où l'approbation de l'acte annulable est conforme à l'art. 1214 C. civ. Etant essentiellement unilatérale, elle ne nécessite pas l'acceptation de la partie contre qui la personne qui confirme aurait pu invoquer la nullité. On n'en pourrait donc demander la révocation pour le motif d'un défaut d'acceptation.

Le législateur a traité principalement de la confirmation à l'art. 1214, au chapitre «De la preuve», mais les auteurs sont également d'accord pour reconnaître que cette disposition va au-delà des règles de la preuve.

Nadeau et Ducharme, précité, aux pp. 318 et 319, opinent:

L'article 1214 C. civ. traite bien plus de la validité de l'acte confirmatif ou de ratification que de sa force probante. Cette disposition aurait mieux trouvé sa place au chapitre de la nullité ou de la rescision des contrats, puisqu'elle fournit une théorie générale de la confirmation. Cet article déborde la matière des preuves.

Ces auteurs suivent Mignault, précité, t. 6, aux pp. 30 et 31:



[TRANSLATION] VII. Acts of confirmation.—The legislator mentions here only *probative value*, when he should be concerned only with *the effect* or the *validity* of the act of confirmation. Under article 1214, “the act of ratification or confirmation of an obligation which is voidable does not make proof unless it expresses the substance of the obligation, the cause of its being voidable and the intention to cover the nullity.” What the legislator meant is that confirmation is only valid in so far as the act recording it expresses the substance of the obligation, the cause of its being voidable and the intention to cover the nullity. Confirmation is a waiver of the right to have an act annulled, and as one is never presumed to have waived his right, it is necessary for the voidable act to be clearly designated, for the defect affecting it to be described and for the intention to remedy this defect to be clear.

Similarly, though art. 1214 speaks only of confirmation of voidable obligations, its scope is more general and there is no reason to think that it does not also extend, for example, to confirmation of voidable contracts, including real rights, moveable and immovable, which may result therefrom.

It is further necessary to distinguish confirmation from transaction, because they are subject to different systems. Transaction is a contract. Confirmation is a unilateral legal act. Transaction has the effect of *res judicata* and cannot be avoided for error of law: arts. 1920 and 1921 of the *Civil Code*. Additionally, confirmation is retroactive to the date of the acts being confirmed. Undoubtedly, confirmation thus has the effect, like transaction, of terminating an actual or potential lawsuit, since the right to plead the nullity of an act is being waived. However, this is an indirect and incidental effect of confirmation: it is not its primary purpose; the primary and essential purpose of confirmation is to remedy the defects of an earlier act.

It can also be said that the two operations differ in that confirmation consolidates an act already performed, but voidable, whereas transaction is a new contract.

The words “transaction”, “confirmation” and “ratification” are not found either in the *Joli-Cœur judgment* or in the deed of June 17, 1960 authorized by it.

VII. Des actes confirmatifs.—Le législateur ne fait mention ici que de la *force probante*, quand il ne devrait s'occuper que de *l'effet* ou de la *valeur* de l'acte confirmatif. Aux termes de l'article 1214, «l'acte de ratification ou confirmation d'une obligation annulable ne fait aucune preuve, à moins qu'il n'exprime la substance de l'obligation, la cause d'annulation et l'intention de la couvrir.» Ce que le législateur voulait dire, c'est que la confirmation ne vaut qu'autant que l'acte qui la constate exprime la substance de l'obligation, la cause d'annulation et l'intention de la couvrir. La confirmation est la renonciation au droit de faire annuler un acte, et comme l'on n'est jamais présumé renoncer à son droit, il faut que l'acte annulable soit bien désigné, que le vice qui l'infecte soit décrit et que la volonté de purger ce vice soit manifeste.

De même, si l'art. 1214 ne mentionne que la confirmation des obligations annulables, sa portée est plus générale et il n'y a pas de raison de penser qu'elle ne s'étend pas aussi par exemple à la confirmation des contrats annulables, y compris les droits réels, mobiliers et immobiliers, qui peuvent en résulter.

Il importe par ailleurs de distinguer la confirmation de la transaction, parce qu'elles obéissent à des régimes juridiques distincts. La transaction est un contrat. La confirmation est un acte juridique unilatéral. La transaction a l'effet de la chose jugée et ne peut être annulée pour erreur de droit: art. 1920 et 1921 du *Code civil*. La confirmation d'autre part rétroagit à la date des actes que l'on confirme. Sans doute, la confirmation a-t-elle aussi pour effet, comme la transaction, de mettre fin à un litige actuel ou potentiel puisque l'on renonce au droit d'invoquer la nullité d'un acte. Mais c'est là un effet indirect et incident de la confirmation; ce n'en est pas l'objet premier; l'objet essentiel et premier de la confirmation est de remédier aux déficiences d'un acte antérieur.

On peut dire aussi que les deux opérations se distinguent en ce que la confirmation consolide un acte déjà fait mais annulable tandis que la transaction est un nouveau contrat.

On ne trouve les expressions «transaction», «confirmation» ou «ratification» ni dans le *jugement Joli-Cœur* ni dans l'acte du 17 juin 1960 qu'il autorise.

However, the absence of the word “transaction” is more significant with regard to the intent of the parties than the absence of “confirmation” or “ratification”. Confirmation and ratification may be implicit and, *a fortiori*, do not require any rigid formula. Transaction is of such a special nature that it might be doubted whether it is an act within the competence of a tutor, but for art. 307 of the *Civil Code*, a specific provision which allows it, with authorization of the judge or the prothonotary, on advice from the family council. It is therefore customary for judgments authorizing transaction to mention it expressly, as for example, in the case at bar, the judgment of February 25, 1963, which authorized the tutor *ad hoc* to [TRANSLATION] “transact the rights of the said minors in the aforesaid immoveables, for reasonable and valid compensation”.

Also, in their formal notice of February 5, 1963, following the second expropriation, counsel for respondents Germain at that time said the following:

[TRANSLATION] We are also asking you to call a family council relating to the minor children so as to appoint a tutor “ad hoc” and to make known the ratification of this family council for the minor children. [My emphasis.]

What they were asking was a repetition of the procedure followed in 1960.

Further, even in the factum which they made to this Court and in which they argued that the *Joli-Cœur judgment* authorized a transaction, respondents Germain’s present counsel, after noting that art. 1918 of the *Civil Code* does not require reciprocal concessions for transaction, are carried to write:

[TRANSLATION] However, this requirement would not seem to be an obstacle, for in confirming the Germain’s title, appellants confirmed at the same time their right to a share in the price . . . [My emphasis.]

Finally, and most importantly, the *Joli-Cœur judgment* has all the characteristics of an act authorizing confirmation and follows all the provisions of art. 1214 of the *Civil Code*: it expressly refers to each of the voidable acts being confirmed, the sale of August 27, 1947, the gift of February 2, 1948 and the sale of March 7, 1956; it mentions

Mais l’absence de l’expression «transaction» est plus significative quant à l’intention des parties que celle des expressions «confirmation» ou «ratification». La confirmation et la ratification en effet peuvent être implicites et, *a fortiori*, n’exigent aucune formule sacramentelle. La transaction, elle, est d’un caractère si particulier que l’on se demanderait si c’est un acte qui relève de la compétence d’un tuteur n’était l’art. 307 du *Code civil*, une disposition spécifique qui la permet, avec l’autorisation du juge ou du protonotaire, sur l’avis du conseil de famille. Il est donc d’usage que les jugements qui autorisent la transaction la mentionnent expressément comme par exemple, en l’espèce, le jugement du 25 février 1963, qui autorise le tuteur *ad hoc* à «transiger sur les droits desdits mineurs dans les susdits immeubles, moyennant compensation jugée raisonnable et efficace».

D’autre part, dans leur mise en demeure du 5 février 1963, suite à la deuxième expropriation, les procureurs des intimés Germain à l’époque s’expriment de la façon suivante:

Nous vous prions également de réunir un conseil de famille en ce qui concerne les enfants mineurs afin de nommer un tuteur «ad hoc» et de faire connaître la ratification de ce conseil de famille pour les enfants mineurs. [C’est moi qui souligne.]

Or ce qu’ils demandaient, c’était la répétition de la procédure suivie en 1960.

Au surplus, même dans le mémoire qu’ils ont soumis à cette Cour et où ils soutiennent que le *jugement Joli-Cœur* autorise une transaction, les procureurs actuels des intimés Germain, après avoir souligné que l’art. 1918 du *Code civil* n’exige pas, pour la transaction, de concessions réciproques, ne peuvent s’empêcher d’écrire:

Cependant, cette exigence ne serait pas un obstacle, car en confirmant le titre des Germain, les appelants confirmaient du même coup leur droit à une quote-part du prix . . . [C’est moi qui souligne.]

Enfin et surtout, le *jugement Joli-Cœur* a toutes les caractéristiques d’un acte autorisant une confirmation et suit toutes les prescriptions de l’art. 1214 du *Code civil*: il désigne expressément chacun des actes annulables qu’il s’agit de confirmer, la vente du 27 août 1947, la donation du 2 février 1948, la vente du 7 mars 1956; il mentionne

the cause of nullity, namely infringement of art. 1484 of the *Civil Code*; finally, it indicates an intention to cover the nullity by action that is as complete and absolute as possible, a direct conveyance to the Province of all titles, rights and interests of the minors in the expropriated portion, that is of all rights which they might have if they took advantage of the action in nullity made available to them by art. 1484, and which by this conveyance they have implicitly but necessarily waived.

I therefore have no hesitation in finding that the *Joli-Cœur judgment* authorized a confirmation of the voidable acts and that the intervention of the tutor *ad hoc* in the deed of June 17, 1960, like that of appellant Mariette Denis, was in fact a confirmation of those acts.

It must now be decided whether it is possible to validly remedy a defect like that in question by means of a confirmation during minority. In my opinion, this is a legal impossibility.

It should first be noted that the *Civil Code*, in arts. 1008 and 1235, provides for confirmation of the acts of the minor only during majority.

André Nadeau and Léo Ducharme wrote (*supra*, at p. 324):

[TRANSLATION] ... for a legal confirmation, there must be legal capacity. The situation at the time of confirmation must be different from that prevailing when the voidable obligation arose. Thus, the person under incapacity can only confirm an act if he has acquired or recovered his legal capacity.

Several French writers also discuss the time at which confirmation becomes possible.

In *Cours de droit civil français*, vol. 4, 6th ed., 1942, at pp. 390 and 391, Aubry and Rau\* state:

[TRANSLATION]

2. *Time in which confirmation becomes possible*

Voidable or rescindable obligations may, in general, be confirmed immediately after their creation.

\* English translation by the Louisiana State Law Institute, 1965.

la cause de nullité soit la transgression de l'art. 1484 du *Code civil*; enfin il manifeste l'intention de couvrir la nullité par une mesure aussi complète et absolue que possible, une cession directe à la Province de tous les titres, droits et intérêts des mineurs dans la partie expropriée, c'est-à-dire de tous les droits qu'ils pourraient avoir s'ils se prévalaient du recours en nullité que leur donne l'art. 1484 et auquel ils renoncent implicitement mais nécessairement par cette cession.

Je n'ai donc aucune hésitation à conclure que le *jugement Joli-Cœur* autorise une confirmation des actes annulables et que l'intervention du tuteur *ad hoc* à l'acte du 17 juin 1960, comme celle de l'appelante Mariette Denis, est effectivement une confirmation de ces actes.

Il faut maintenant décider si l'on peut valablement remédier à un vice comme celui dont il s'agit au moyen d'une confirmation faite durant la minorité. A mon avis, c'est là une impossibilité juridique.

Il y a lieu de noter en premier lieu que le *Code civil*, aux art. 1008 et 1235, ne prévoit la confirmation des actes du mineur que pendant la majorité.

André Nadeau et Léo Ducharme écrivent (précité, à la p. 324):

... pour une confirmation légale, il devra y avoir capacité juridique. Un état de choses différent de celui qui a rendu l'obligation annulable devra régner au moment de la confirmation. Ainsi, l'incapable ne peut confirmer un acte que s'il a acquis ou recouvré sa capacité légale.

Plusieurs auteurs français discutent également de l'époque à laquelle la confirmation devient possible.

Aubry et Rau enseignent, dans le *Cours de droit civil français*, t. 4, 6<sup>e</sup> éd., 1942, aux pp. 390 et 391:

2<sup>o</sup> *De l'époque à laquelle la confirmation devient possible*

La confirmation d'une obligation annulable ou rescindable peut, en général, avoir lieu immédiatement après sa formation.

Where the vice [defect] which vitiates an obligation, however, relates to an obstacle which exists during a more or less long period, this obligation can be confirmed effectively only after the termination of the cause of nullity; otherwise, the confirmation would be vitiated by the same vice [defect] affecting the original obligation.

Thus, the nullity of a counter-letter by which two spouses seek to modify, after the marriage, their matrimonial regime, cannot be corrected during cohabitation by an act of confirmation; but this counter-letter is susceptible of confirmation after the dissolution of the marriage.

Finally, it follows from this same principle: that the nullities resulting from violence, error, or fraud by which the consent of the obligor is affected can be set aside only after the termination of the violence and the discovery of the error or of the fraud; that obligations subject to annulment or rescission because of the incompetence of the obligor, can be confirmed by the latter only where he is in a state of competence, unless formalities destined to supply his incapacity have been observed.

Since the confirmation implies renunciation of action in nullity, it can take place only after this action becomes available.

The Mazeaud brothers (*Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 6th ed., 1978, No. 310) are also of the opinion that confirmation should occur at such time as it will itself be free of defects, especially of the defect being remedied (at p. 286):

[TRANSLATION] An act performed by a *person subject to incapacity* should be capable of being confirmed in due form during the incapacity by the legal representative. However, the prevailing judicial opinion does not appear to recognize this. The Civil Code Review Commission properly wished to permit confirmation by a legal representative (Art. 55, Chap. "Of Legal Acts"). The provision which it recommended was not adopted by the drafters of the statute of December 14, 1964, which amended the provisions of the Civil Code regarding tutorship<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Cf. t. 1, No. 1320.

However, when we turn to the text referred to in the note at the bottom of the page (*Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 6th ed., 1976, No. 1320) we find the following passage (at p. 731):

Toutefois, lorsque le vice dont se trouve entachée une obligation tient à un empêchement de nature à se perpétuer pendant un temps plus ou moins long, la confirmation de cette obligation ne peut avoir lieu avec efficacité qu'après la cessation de la cause qui en opérerait la nullité; autrement, la confirmation se trouverait infectée du même vice que l'obligation elle-même.

Ainsi, la nullité de la contre-lettre par laquelle des époux modifieraient, après le mariage, leurs conventions matrimoniales, ne peut être couverte, tant que dure le mariage, par aucun acte confirmatif; mais elle est susceptible de l'être après sa dissolution.

Enfin, il découle du même principe: que les nullités résultant de la violence, de l'erreur ou du dol, dont se trouve infecté le consentement de l'obligé, ne peuvent être effacées qu'après la cessation de la violence et la découverte de l'erreur ou du dol; que les obligations sujettes à annulation ou à rescision à raison de l'incapacité de l'obligé, ne peuvent être confirmées par ce dernier que lorsqu'il se trouve en état de capacité, à moins qu'on n'observe les formalités destinées à suppléer à son incapacité.

Du reste, la confirmation, emportant renonciation à l'action en nullité, ne peut avoir lieu qu'après l'ouverture de cette action.

Les frères Mazeaud (*Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 6<sup>e</sup> éd., 1978, n<sup>o</sup> 310) sont aussi d'avis que la confirmation doit intervenir à un moment tel qu'elle soit elle-même exempte de vices, spécialement du vice à effacer (à la p. 286):

L'acte accompli par un *incapable* devrait pouvoir être régulièrement confirmé pendant l'incapacité par le représentant légal. Mais la jurisprudence dominante ne semble pas l'admettre. Avec raison, la Commission de réforme du Code civil avait voulu permettre la confirmation par le représentant légal (art. 55, chap. Des actes juridiques). Le texte qu'elle préconisait, n'a pas été repris par les rédacteurs de la loi du 14 décembre 1964, qui a modifié les dispositions du Code civil relatives à la tutelle<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Cf. t. 1, n<sup>o</sup> 1320.

Cependant lorsqu'on lit le texte auquel on réfère dans la note en bas de page (*Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 6<sup>e</sup> éd., 1976, n<sup>o</sup> 1320) on trouve le passage suivant (à la p. 731):

[TRANSLATION] A minor who has attained his majority may *confirm the act*, even if the nullity is due to a breach of the formal rules (art. 1311 C.C.). It would appear that a tutor cannot confirm during the tutorship an act improperly performed by the minor; the tutor should perform this act anew with, if necessary, authorization from the family council.

Colin and Capitant (*Traité de droit civil*, vol. 2, 1959) appear to be of the opinion that a minor should wait until he attains his majority to confirm an act done by him while he was a minor (at p. 433):

[TRANSLATION] 767.—2. **Removal of defect of the act.**—The confirmation of a voidable or rescindable legal act can only occur if the defect affecting the act had terminated when the act of confirmation took place. If it were otherwise, the confirmation would be subject to the same imperfection as the act which it seeks to consolidate. We have already seen an application of this idea under article 1311\*, which provides that the minor must be of legal age if he is to validly confirm an act done by him during his minority. Similarly, article 1115 states that the confirmation of an act which is void on account of violence can only take place when the violence has ceased. An identical solution must apply to all cases of defects in consent or incapacity.

Finally, Planiol and Ripert (*Traité pratique de droit civil*, vol. 6, 2nd ed., 1952, No. 305) consider the possibility of confirmation when the contracting party is still a minor (at p. 388):

[TRANSLATION] A person subject to incapacity can only confirm an act done during the incapacity if he has acquired capacity (Art. 1311) or if in the confirmation the formalities compensating for his incapacity are observed.

The case at bar is not one in which the minor contracted alone, or one in which some formal requirement was allegedly omitted, and which one could perhaps confirm or begin over during the minority, this time observing the required formality. The case at bar concerns compensating for the incapacity of the tutrix to acquire the property of minors during tutorship, which is absolutely prohibited whatever the formalities used, except in the case of the voluntary licitation of property held in undivided ownership with the pupils.

\* Article 1311 C.N. corresponds to our art. 1008 C.C.

Le mineur parvenu à sa majorité peut *confirmer l'acte*, même si la nullité est due à la violation des règles de forme (art. 1311 C. civ.). Il semble que le tuteur ne pourrait pas confirmer au cours de la tutelle l'acte irrégulièrement passé par le mineur; le tuteur devrait accomplir à nouveau cet acte avec, s'il y a lieu, l'autorisation du conseil de famille.

Quant à Colin et Capitant, (*Traité de droit civil*, t. 2, 1959) ils semblent d'avis que le mineur devra attendre d'avoir atteint sa majorité pour confirmer un acte qu'il a fait étant mineur (à la p. 433).

767.—2° **Disparition du vice de l'acte.**—La confirmation d'un acte juridique annulable ou rescindable ne peut avoir lieu que si le vice dont l'acte était atteint a pris fin au moment où intervient l'acte confirmatif. En effet, s'il en était autrement, cette confirmation présenterait la même imperfection que l'acte qu'il s'agit de consolider. Nous avons déjà vu une application de cette idée sous l'article 1311\*, d'après lequel le mineur doit être devenu majeur pour pouvoir confirmer efficacement l'acte qu'il aurait fait en état de minorité. De même, l'article 1115 nous dit que la confirmation d'un acte nul pour cause de violence ne peut se produire que quand la violence aura cessé. Une solution identique doit être admise pour tous les cas de vices du consentement ou d'incapacité.

Enfin, Planiol et Ripert (*Traité pratique de droit civil*, t. 6, 2<sup>e</sup> éd., 1952, n° 305) considèrent la possibilité de la confirmation alors que le contractant est encore mineur (à la p. 388):

L'incapable ne peut confirmer l'acte passé en temps d'incapacité que s'il est devenu capable (art. 1311) ou si l'on observe pour la confirmation les formalités qui doivent suppléer à son incapacité.

En l'espèce, il ne s'agit pas d'un cas où le mineur aurait contracté seul, ou encore d'un cas où l'on aurait omis quelque formalité et que l'on pourrait peut-être confirmer ou recommencer pendant la minorité en observant cette fois la formalité prescrite. Il s'agit de suppléer à l'incapacité de la tutrice d'acquérir les biens des mineurs pendant la tutelle, ce qui lui est absolument interdit quelles que soient les formalités suivies, sauf au cas de licitation volontaire de biens possédés par indivis avec ses pupilles.

\* L'article 1311 C.N. correspond à notre art. 1008 C.c.

The defect which the *Joli-Cœur judgment* seeks to remedy is the purchase of the property of minors by the tutrix in breach of art. 1484 of the *Civil Code*. The relative nullity of such a purchase may be pleaded by minors within the deadline provided for the prescription of their action to rescind. What is to be confirmed, therefore, is the title of the tutrix in the immoveables, in order to confirm that of respondents Germain, so that the government of the Province can pay the latter the expropriation indemnity without risk.

The confirmation authorized by the *Joli-Cœur judgment* has the effect of retroactively validating, during the tutorship, the purchase of the immoveables by the tutrix. I think it is clear that this confirmation is vitiated by the same defect as that which it seeks to remedy. It is a defect which “results from an obstacle that is likely to continue for a more or less lengthy period”, to repeat the language of Aubry and Rau. This period of time is the length of the minority. The defect results from the fact that a tutor is prohibited from acquiring the property of minors during the tutorship. It will only be removed when the tutor-minor relationship ceases; and I do not see how it is possible to validly confirm an act affected by a prohibition which is still continuing at the time of the confirmation.

I therefore find that the *Joli-Cœur judgment* is vitiated on its face, because it authorizes what the law prohibits.

The question then remains whether, because a judgment is involved, it cannot be rescinded.

The *Joli-Cœur judgment* is of the same type as those dealt with in Book Six of the *Code of Civil Procedure*, titled “Non-contentious Matters”. It is a judgment of voluntary jurisdiction and such judgments, according to most writers, do not have the force of *res judicata*. In his text, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1903), C.A. Chauveau writes at p. 46:

[TRANSLATION] Judgments of voluntary jurisdiction do not have the authority of *res judicata*. They lack the characteristics which we have required of any judgment that is to have such authority. They do not contain any

L'irrégularité à laquelle le *jugement Joli-Cœur* veut remédier en effet est l'acquisition des biens des mineurs par la tutrice en transgression de l'art. 1484 du *Code civil*. La nullité relative de cette acquisition pourra être invoquée par les mineurs dans le délai prévu pour la prescription de leur recours en rescision. Ce que l'on veut confirmer, c'est donc le titre de la tutrice dans les immeubles, afin de confirmer celui des intimés Germain, pour que le gouvernement de la Province puisse sans risque verser à ces derniers l'indemnité d'expropriation.

La confirmation autorisée par le *jugement Joli-Cœur* a pour effet de valider rétroactivement, durant la tutelle, l'acquisition des immeubles par la tutrice. Il me paraît clair que cette confirmation est viciée par le même vice que celui auquel elle prétend remédier. Il s'agit d'un vice qui «tient à un empêchement de nature à se perpétuer pendant un temps plus ou moins long» pour reprendre les termes d'Aubry et Rau. Cette période de temps est la durée de la minorité. Le vice résulte de l'empêchement du tuteur d'acquérir les biens des mineurs pendant la tutelle. Il ne disparaîtra qu'avec la cessation de la relation tuteur-mineur. Et je ne vois pas comment l'on pourrait valablement confirmer un acte frappé par un empêchement qui dure toujours au moment de la confirmation.

Je conclus donc que le *jugement Joli-Cœur* est vicié à sa lecture même parce qu'il autorise ce que la loi interdit.

Il reste donc à savoir si, parce qu'il s'agit d'un jugement, on est empêché de le rescinder.

Le *jugement Joli-Cœur* est de la même nature que ceux dont il est question au Livre Sixième du *Code de procédure civile*, intitulé «Matières non contentieuses». C'est un jugement de juridiction gracieuse et de tels jugements, selon la plupart des auteurs, n'ont pas la force de la chose jugée. Dans son ouvrage, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile* (1903), C.A. Chauveau écrit à la p. 46:

Les jugements de juridiction gracieuse n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Il leur manque ce caractère que nous avons exigé de tout jugement qui doit avoir cette autorité. Ils ne contiennent aucune déclaration quant à

statement regarding a disputed right, and only allow, prohibit or authorize, without recognizing or declaring the existence of a disputed right which may be, with respect to an opposing party, the subject of an order or acquittal. This is the unanimous opinion of the writers, and it has been confirmed by the courts.

See to the same effect Mignault (*supra*, vol. 6, at pp. 101 and 102), who calls these judgments "acts" rather than judgments, and Nadeau and Ducharme (*supra*, vol. 9, at p. 453), who write:

[TRANSLATION] The authority of *res judicata* does not however apply to all our own judgments. It does not extend to judgments of voluntary jurisdiction by the Court (part ten of the Code of Civil Procedure), in which the Court simply allows, authorizes or prohibits something without deciding whether the right exists. Such judgments are partly administrative acts; they are, if you will, semi-administrative and semi-judicial, and this places them at some distance from true judicial decisions, which state the law applicable to the parties. Examples are, *inter alia*, judgments of tutorship, decisions homologating family council advices authorizing acts, and so on.

If these judgments do not have the force of *res judicata*, the question arises as to what remedy on appeal can be obtained against those which are defective, like the *Joli-Cœur* judgment.

Article 26 of the *Code of Civil Procedure* provides that judgments or orders made pursuant to Book Six are subject to appeal. Book Six of the present *Code of Civil Procedure* relates to non-contentious matters and contains arts. 862 to 939. Although the *Joli-Cœur* judgment resembles those dealt with in arts. 885 to 895, regarding the sale of property belonging to incapables, it does not correspond exactly to any of these types of judgments.

Finally, neither the *Roads Act* nor the *Quebec Railway Act* provide for an appeal from the permission given in accordance with s. 91 of the latter Act.

It would appear, therefore, that the *Joli-Cœur* judgment is not subject to appeal, as there can be no right of appeal unless provided for by law. Furthermore, if the *Joli-Cœur* judgment were subject to appeal, it would be unrealistic to think

un droit contesté, et ne font que permettre, défendre ou autoriser, sans reconnaître, ni déclarer l'existence d'un droit litigieux qui soit, par rapport à une partie adverse, le sujet d'une condamnation ou d'un acquittement. C'est là l'opinion unanime des auteurs, opinion confirmée par la jurisprudence.

Voir, dans le même sens, Mignault, (précité, t. 6, aux pp. 101 et 102) qui appelle ces jugements des «actes» plutôt que des jugements, et Nadeau et Ducharme, (précité, t. 9, à la p. 453) qui écrivent:

L'autorité de la chose jugée ne s'applique cependant pas à tous nos propres jugements. Elle ne s'étend pas aux jugements de la juridiction gracieuse du tribunal (dixième partie du code de procédure civile) où celui-ci se contente de permettre, autoriser ou défendre quelque chose sans décider de l'existence ou de la non-existence du droit. Ces jugements ont, pour partie, le caractère d'actes administratifs; ils sont, si l'on veut, semi-administratifs, semi-judiciaires, ce qui les éloigne passablement des véritables décisions judiciaires qui disent le droit applicable aux parties. Les jugements de tutelle, les décisions d'homologation d'avis de conseil de famille autorisant des actes, en sont, entre plusieurs, des exemples.

Si ces jugements n'ont pas la force de la chose jugée, la question se pose de savoir comment l'on peut se pourvoir contre ceux d'entre eux qui sont irréguliers, comme l'est le *jugement Joli-Cœur*.

L'article 26 du *Code de procédure civile* dispose que les jugements ou ordonnances rendus en vertu du Livre Sixième sont sujets à appel. Le Livre Sixième du *Code de procédure civile* actuel vise les matières non contentieuses et comprend les art. 862 à 939. Quoique le *jugement Joli-Cœur* ressemble à ceux que prévoient les art. 885 à 895, relatifs à la vente de biens qui appartiennent à des incapables, il ne correspond exactement à aucune de ces sortes de jugements.

Enfin, ni la *Loi de la voirie* ni la *Loi des chemins de fer de Québec* ne prévoient d'appel de l'autorisation donnée en vertu de l'art. 91 de cette dernière loi.

Il semble donc que le *jugement Joli-Cœur* ne soit pas sujet à appel car il n'y a pas de droit d'appel sans texte. D'ailleurs, dans l'hypothèse où le *jugement Joli-Cœur* serait sujet à appel, ce serait manquer de réalisme de penser que l'appel,

that an appeal, by or for minors, within the time allowed for appealing, could constitute a practical and effective means of causing that judgment to be set aside, bearing in mind the circumstances of this case.

Can use be made of the motion in revocation of judgment provided for in arts. 482 and 483 of the *Code of Civil Procedure*?

As worded, these provisions appear to apply primarily to judgments of contentious jurisdiction, but it is possible that they also cover judgments of voluntary jurisdiction. It is true that none of the specific causes of revocation which they list is applicable to the *Joli-Cœur judgment*, but the Court of Appeal has already held in an unpublished decision of March 25, 1974, that this list is not exhaustive: *Bossé et Roy v. Laplante*, No. 9494 of the Quebec City district.

In any case, a variable but nonetheless controlling line of authority in Quebec recognizes a direct action to annul a judgment, even against judgments subject to appeal and on contentious matters. There is all the more reason for it to be applied to judgments rendered pursuant to voluntary jurisdiction. However, this line of authority requires that the direct action meet the substantive conditions laid down for the motion in revocation of judgment, and therefore, the strict deadlines provided in art. 484 of the *Code of Civil Procedure*, namely fifteen days to six months as the case may be. These authorities were reviewed by Lamer J.A. in the case at bar, and there is no need to re-examine them here. It will suffice to mention cases such as *Kellond v. Reed* (1874), 18 L.C.J. 309; *Ritchot v. Cardinal* (1893), 3 Que. Q.B. 55; *Stather v. Bennett* (1912), 22 Que. K.B. 290.

If the direct action in nullity is not necessarily the only means of dealing with the *Joli-Cœur judgment*, it is at least an adequate means, in view of art. 2 of the *Code of Civil Procedure*.

It is also in accordance with the view of Chauveau, who writes, correctly in my opinion, with regard to judgments of voluntary jurisdiction, that [TRANSLATION] "Their nullity can be pleaded by an action or in pleading".

par des mineurs ou pour des mineurs, dans le délais d'appel, pouvait constituer un moyen pratique et efficace de faire infirmer ce jugement, compte tenu des circonstances de cette cause.

Pouvait-on recourir à la requête en rétractation de jugement prévue aux art. 482 et 483 du *Code de procédure civile*?

D'après leur rédaction, ces dispositions paraissent viser surtout les jugements de juridiction contentieuse, mais il est possible qu'elles embrassent également les jugements de juridiction gracieuse. Il est vrai qu'aucune des causes spécifiques de révocation qu'elles énumèrent n'est applicable au *jugement Joli-Cœur* mais la Cour d'appel a déjà jugé dans un arrêt inédit du 25 mars 1974, que cette énumération n'était pas limitative: *Bossé et Roy c. Laplante*, no. 9494 du District de Québec.

Quoi qu'il en soit, une jurisprudence québécoise non pas constante mais sûrement dominante reconnaît l'action directe en annulation de jugement même à l'encontre des jugements sujets à appel et qui relèvent de la juridiction contentieuse. A plus forte raison y a-t-il lieu de l'appliquer aux jugements rendus en vertu de la juridiction gracieuse. Cette jurisprudence exige cependant que l'action directe remplisse les conditions de fond prescrites pour la requête en rétractation de jugement et par conséquent, les délais de rigueur prévus à l'art. 484 du *Code de procédure civile*, soit quinze jours à six mois selon le cas. Le juge Lamer a passé cette jurisprudence en revue dans la présente affaire et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Il suffira de mentionner des arrêts comme *Kellond c. Reed* (1874), 18 L.C.J. 309; *Ritchot c. Cardinal* (1893), 3 B.R. 55; *Stather c. Bennett* (1912), 22 B.R. 290.

Si l'action directe en nullité ne constituait pas nécessairement le moyen unique d'entreprendre le *jugement Joli-Cœur*, c'était à tout le moins un moyen suffisant, vu l'art. 2 du *Code de procédure civile*.

C'est d'ailleurs conforme à ce qu'enseigne Chauveau qui écrit, avec raison à mon avis, à propos des jugements de juridiction gracieuse que l'on pourra en invoquer la nullité par une action ou dans un plaidoyer».



This Court upheld such a plea in *Davis v. Kerr* (*supra*). With authorization from the prothonotary, improperly obtained, a tutor made a loan in his pupil's name but in order to pay his own debts. The pupil was sued to repay the loan by the succession of the lender, and although he was now of legal age and despite the authorization of the Court, had the larger part of the claim dismissed. Taschereau J., rendering the unanimous judgment of the Court, upheld his plea because, *inter alia*, the improper nature of the judicial authorization was apparent and also because the lender knew through his mandatary the true objective of the tutor. The Superior Court applied the same principles in *Hyde v. Mount* (1905), 28 C.S. 385.

As in *Davis v. Kerr*, the *Joli-Cœur judgment* contains an apparent defect when it improperly authorizes what is prohibited by law.

The proceeding brought by appellants against the *Joli-Cœur judgment* is therefore sufficient and justified. Should it fail because it was not brought within the time prescribed for motions in revocation by art. 484 of the *Code of Civil Procedure*?

I do not think so.

The brevity of these procedural deadlines is explained by the need to observe the principle of *res judicata*.

However, there is no *res judicata* in the case at bar and the *Joli-Cœur judgment*, the annulment of which is at issue, is not a true judicial decision, but a type of administrative act which partakes of the nature of the act which it authorizes, namely an act of confirmation. There is accordingly no reason to apply to it the strict deadlines of a contentious proceeding. Actually, it is the prescription deadlines which are appropriate, namely the thirty-year prescription of arts. 2242 and 2243 of the *Civil Code*.

I therefore think that the *Joli-Cœur judgment* should be annulled.

Cette Cour a maintenu un tel plaidoyer dans *Davis c. Kerr* (précité). Avec l'autorisation du protonotaire irrégulièrement obtenue, un tuteur avait fait un emprunt au nom de sa pupille mais pour payer ses propres dettes. Poursuivie en remboursement du prêt par la succession du prêteur, la pupille devenue majeure a pu malgré l'autorisation judiciaire, faire rejeter la partie la plus importante de cette réclamation. Le juge Taschereau, qui rend le jugement unanime de la Cour, maintient son plaidoyer parce qu'entre autres, l'irrégularité de l'autorisation judiciaire était apparente et aussi parce que le prêteur connaissait par son mandataire le but véritable poursuivi par le tuteur. La Cour supérieure applique les mêmes principes dans *Hyde c. Mount* (1905), 28 C.S. 385.

Comme dans *Davis c. Kerr*, le *jugement Joli-Cœur* comporte une irrégularité apparente en autorisant erronément de faire ce que la loi interdit.

La procédure prise par les appelants à l'encontre du *jugement Joli-Cœur* est donc suffisante et justifiée. Doit-elle échouer parce qu'elle n'a pas été prise dans les délais prescrits par l'art. 484 du *Code de procédure civile* pour les requêtes en rétractation?

Je ne le pense pas.

Ce sont là des délais de procédure dont la brièveté s'explique par la nécessité de respecter la chose jugée.

Mais il n'y a pas chose jugée en l'espèce et le *jugement Joli-Cœur* qu'il s'agit d'annuler n'est pas une véritable décision judiciaire mais une espèce d'acte administratif qui participe à la nature de l'acte qu'il autorise, savoir un acte de confirmation. Il n'y a par conséquent pas de raison de lui appliquer les délais de rigueur de la procédure de juridiction contentieuse. Ce sont plutôt les délais de la prescription qui conviennent, soit la prescription de trente ans des art. 2242 et 2243 du *Code civil*.

Je pense donc que le *jugement Joli-Cœur* doit être annulé.

VIII—Conclusions

In my opinion, the conclusion should be as follows:

1. The appeal is allowed, but as to appellant Mariette Denis Cossette, in part only;

2. The judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court are set aside;

3. The action of appellants is allowed, but as to appellant Mariette Denis Cossette, in part only;

4. The following deeds are annulled:

1° The deed of sale by respondent Isabelle Dynes-Bigaouette to her mother, Dame Sarah Leclerc, entered into before Arthur Duval, notary, on August 27, 1947, and registered on February 5, 1948 as No. 321715 in the office of the Quebec registry division;

2° The gift *inter vivos* by Dame Sarah Leclerc to her daughter respondent Isabelle Dynes-Bigaouette, by deed entered into before Arthur Duval, notary, on February 2, 1948, and registered on the 5th of that month as No. 321716 in the office of the Quebec registry division;

3° The sale by respondent Isabelle Dynes-Bigaouette to respondents Yves and Victor Germain, under a deed entered into before Emile Boiteau, notary, on March 7, 1956 and registered on the 12th of that month as No. 413161 in the office of the Quebec registry division, but only as to the undivided two-thirds of the immovables described in the deed and owned by appellants in that proportion;

5. The judgment rendered by Achille Joli-Cœur J. on May 16, 1960, bearing No. 17849 of the record of the Superior Court for the district of Quebec, is annulled, and the application allowed by that judgment is dismissed;

6. The following deeds are annulled:

1° The sale made by respondents Yves and Victor Germain to the Attorney General, represented by the Honorable Minister of Roads, by deed entered into before André Cossette, notary, at Quebec City on June 17, 1960, and registered on June 18, 1960 in the registry office of the Quebec division as No. 474809, but only as to the undivided four-fifths of two-thirds of the immovables described in the deed and owned by appellants other than Mariette Denis-Cossette in that proportion;

VIII—Conclusions

Je suis d'opinion qu'il faut conclure comme suit:

<sup>a</sup> 1. Le pourvoi est accueilli mais, quant à l'appelante Mariette Denis Cossette, en partie seulement;

<sup>b</sup> 2. L'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure sont infirmés;

<sup>c</sup> 3. L'action des appelants est maintenue mais, quant à l'appelante Mariette Denis Cossette, en partie seulement;

4. Sont annulés les actes suivants:

<sup>d</sup> 1° L'acte de vente par l'intimée, Isabelle Dynes-Bigaouette à sa mère, Dame Sarah Leclerc, passé devant le notaire Arthur Duval, le 27 août 1947, et enregistré le 5 février 1948, sous le numéro 321715 au bureau de la division d'enregistrement de Québec;

<sup>e</sup> 2° La donation entre vifs par Dame Sarah Leclerc à sa fille l'intimée Isabelle Dynes-Bigaouette par acte passé devant le notaire Arthur Duval, le 2 février 1948, et enregistré le 5 du même mois au bureau de la division d'enregistrement de Québec sous le numéro 321716;

<sup>f</sup> 3° La vente par l'intimée Isabelle Dynes-Bigaouette aux intimés Yves et Victor Germain, aux termes d'un acte passé devant le notaire Émile Boiteau, le 7 mars 1956 et enregistré le 12 du même mois sous le numéro 413161 au bureau de la division d'enregistrement de Québec, mais quant aux deux tiers indivis seulement des immeubles décrits à l'acte et appartenant aux appelants dans cette <sup>g</sup> proportion;

<sup>h</sup> 5. Est annulé le jugement rendu par le juge Achille Joli-Cœur le 16 mai 1960, portant le numéro 17849 des dossiers de la Cour supérieure pour le district de Québec, et rejetée la requête accordée par ce jugement.

6. Sont annulés les actes suivants:

<sup>i</sup> 1° La vente faite par les intimés Yves et Victor Germain au Procureur général, représenté par l'honorable ministre de la Voirie, par acte passé devant M<sup>e</sup> André Cossette, notaire à Québec, le 17 juin 1960, enregistré le 18 juin 1960 au Bureau d'enregistrement de la division de Québec sous le numéro 474809, mais quant au quatre cinquièmes des deux tiers indivis seulement des immeubles décrits à l'acte et appartenant aux appelants autres que Mariette Denis-Cossette dans cette proportion;

2° The sale and discharge made by respondents Germain to the Attorney General on October 29, 1963, by deed before Jacques Perrin, notary, at Quebec City and registered on November 5, 1963 as No. 535922 in the registry office of the Quebec division, but only as to the undivided two-thirds of the immoveables described in the deed and owned by appellants in that proportion;

3° The discharge given by respondents Yves and Victor Germain by deed entered into before Joseph A. Tremblay, notary, at Quebec City on January 22, 1971, and registered in the office of the Quebec registry division on January 27, 1971, as No. 684413, but only as to the undivided two-thirds of the immoveables described in the deed and owned by appellants in that proportion;

7. It is hereby declared that appellants are the owners of the undivided two-thirds of the immoveables described below, except for the portions expropriated by Her Majesty the Queen in right of the Province of Quebec on March 17, 1957, October 30, 1961 and September 11, 1969, and excepting also, if applicable, the part of lot 29 sold to Onésime Philippe Brousseau on April 15, 1953:

— Lot No. EIGHTY-EIGHT, in the plan and book of reference of the official cadastre for the parish, now the city, of Ste-Foy, in the county and registry division of Quebec, described as follows in the book of reference:

Irregular in shape, bounded on the northeast by lot 89; on the southeast by lots 86 and 87; on the southwest by lot 84; and on the northwest by the land of a former railroad; measuring two thousand three hundred and fifty-six feet on its southwest boundary; containing an area of thirteen arpents and fifty-seven perches (13 arp., 57 perches);

— Lot No. EIGHTY-NINE, in the plan and book of reference of the official cadastre of the parish, now the city, of Ste-Foy, in the county and registry division of Quebec, described as follows in the book of reference:

Irregular in shape, bounded on the northeast by lot 90; on the southeast by lot 87; on the southwest by lot 88; and on the northwest by the land of a former railroad (lot 89), measuring two thousand one hundred and eighty-one feet on its northeast boundary; containing an area of eleven arpents and fifty-five perches (11 arp., 55 perches);

With a right of way in perpetuity for vehicles and pedestrians to the Sillery Range public road, as far as the lots which are the subject hereof, and over the lot known and described as No. twenty-eight (28) of the

2° La quittance-vente faite par les intimés Germain au Procureur général, le 29 octobre 1963, par acte passé devant M<sup>e</sup> Jacques Perrin, notaire à Québec, et enregistré le 5 novembre 1963 sous le numéro 535922 au Bureau d'enregistrement de la division de Québec, mais quant aux deux tiers indivis seulement des immeubles décrits à l'acte et appartenant aux appelants dans cette proportion;

3° La quittance consentie par les intimés Yves et Victor Germain par acte passé devant M<sup>e</sup> Joseph A. Tremblay, notaire à Québec, le 22 janvier 1971, et enregistré au Bureau de la division d'enregistrement de Québec le 27 janvier 1971 sous le numéro 684413, mais quant aux deux tiers indivis seulement des immeubles décrits à l'acte et appartenant aux appelants dans cette proportion;

7. Les appelants sont déclarés propriétaires des deux tiers indivis des immeubles ci-après décrits, sauf des parties expropriées par Sa Majesté la Reine aux droits de la province de Québec le 17 mars 1957, le 30 octobre 1961 et le 11 septembre 1969 et sauf à distraire s'il y a lieu la partie du lot 29 vendue à Onésime Philippe Brousseau le 15 avril 1953:

—Le lot numéro QUATRE VINGT HUIT, aux plan et livre de renvoi du cadastre officiel pour la paroisse maintenant cité de Ste-Foy, comté et division d'enregistrement de Québec, ainsi décrit au livre de renvoi:

De figure irrégulière borné vers le nord-est par le lot 89; vers le sud-est par les lots 86 et 87; vers le sud-ouest par le lot 84 et vers le nord-ouest par l'emprise d'un ancien chemin de fer; Mesurant deux mille trois cent cinquante six pieds dans sa ligne sud-ouest. Contenant en superficie treize arpents et cinquante sept perches (13 arp. 57 perches);

—Le lot numéro QUATRE VINGT NEUF, aux plan et livre de renvoi du cadastre officiel pour la paroisse maintenant cité de Ste-Foy, comté et division d'enregistrement de Québec, ainsi décrit au livre de renvoi:

De figure irrégulière, borné vers le nord-est par le lot 90; vers le sud-est par le lot 87; vers le sud-ouest par le lot 88 et vers le nord-ouest par l'emprise d'un ancien chemin de fer (lot 89) mesurant deux mille cent quatre vingt et un pieds dans sa ligne nord-est. Contenant en superficie onze arpents et cinquante cinq perches (11 arp. 55 perches).

Avec droit de passage à perpétuité pour voitures et piétons communiquant du chemin public rang de Sillery, jusqu'aux lots faisant l'objet des présentes sur le lot de terre connu et désigné sous le numéro vingt huit (28) du

official cadastre for the parish of Ancienne Lorette, the said right of way being a servitude created in accordance with the gift hereinafter designated as title by the seller;

— A part of lot TWENTY-NINE (29 part) of the official cadastre of the parish of Ancienne Lorette, bounded on the northeast by a part of lot 28; on the south by the railway (lot 962); on the southwest by a part of lot 30; and on the northwest by lot 29-1; measuring two hundred and fifty-five and three-tenths feet in width, with an average depth of one thousand one hundred and seventy-eight and two-tenths feet; containing an area of eight arpents and seventeen hundredths (8 arp., 17 hundredths).

8. That part of appellants' action which asks the Court to annul the intervention of appellant Mariette Denis Cossette in the deed of June 17, 1960 is dismissed without costs;

9. It is hereby declared that appellants, other than Mariette Denis Cossette, are entitled *vis-à-vis* Her Majesty the Queen in right of the Province of Quebec to four-fifths of two-thirds of the expropriation indemnity due by law as a consequence of the expropriation of March 17, 1957;

10. It is hereby declared that appellants are entitled *vis-à-vis* Her Majesty the Queen in right of the Province of Quebec, to two-thirds of the expropriation indemnity due by law as a consequence of the expropriations of October 30, 1961 and September 11, 1969;

11. The deeds declared null by this judgment are hereby ordered to be cancelled, to the extent that they have been so declared null;

The whole with costs in all courts against respondents Yves Germain, Victor Germain and the Attorney General of the Province of Quebec, and without costs as to respondents Isabelle Dynes Bigaouette, Lucien Dynes, Marcel Cloutier and Juliette Dynes. However, respondent Isabelle Dynes Bigaouette shall not be entitled to the costs of her defence in the Superior Court or of her proceedings in the Court of Appeal, if any.

*Appeal allowed, but in part only as to appellant Mariette Denis Cossette.*

cadastre officiel pour la paroisse de l'Ancienne Lorette, ce droit de passage était une servitude créée aux termes de la donation ci-dessous désignée comme titre par la venderesse.

<sup>a</sup> —Partie du lot VINGT NEUF (29 pe) du cadastre officiel pour la paroisse de l'Ancienne Lorette, bornée au nord-est par une partie du lot 28; vers le sud par le chemin de fer (le lot 962) vers le sud-ouest par une partie du lot 30 et vers le nord-ouest par le lot 29-1; <sup>b</sup> Mesurant deux cent cinquante cinq pieds et trois dixièmes de largeur par une profondeur moyenne de mille cent soixante et dix huit pieds et deux dixièmes. Contenant en superficie huit arpents et dix-sept centièmes (8 arp. 17 centièmes).

<sup>c</sup> 8. Cette partie de l'action des appelants où il est demandé que soit annulée l'intervention de l'appelante Mariette Denis Cossette à l'acte du 17 juin 1960 est rejetée sans frais;

<sup>d</sup> 9. Il est déclaré que les appelants autres que Mariette Denis Cossette ont droit, *vis-à-vis* Sa Majesté la Reine aux droits de la province de Québec, aux quatre cinquièmes des deux tiers de l'indemnité d'expropriation due selon la loi suite à l'expropriation du 17 mars 1957;

<sup>e</sup> 10. Il est déclaré que les appelants ont droit *vis-à-vis* Sa Majesté la Reine aux droits de la province de Québec, aux deux tiers des indemnités d'expropriation dues selon la loi suite aux expropriations des 30 octobre 1961 et 11 septembre 1969;

<sup>g</sup> 11. La radiation des actes déclarés nuls par les présentes est ordonnée, dans la mesure où ils sont ainsi déclarés nuls.

<sup>h</sup> Le tout avec dépens dans toutes les cours contre les intimés Yves Germain, Victor Germain et le procureur général de la province de Québec et sans frais quant aux intimés Isabelle Dynes Bigaouette, Lucien Dynes, Marcel Cloutier et Juliette Dynes. <sup>i</sup> Toutefois, l'intimée Isabelle Dynes Bigaouette n'aura pas droit aux frais de sa défense en Cour supérieure, ni de sa contestation en Cour d'appel, s'il en est.

<sup>j</sup> *Pourvoi accueilli mais, quant à l'appelante Mariette Denis Cossette, en partie seulement.*

*Solicitors for the appellants: Flynn, Rivard, Cimon & Associés, Quebec.*

*Solicitors for the respondents Germain: Lazarovitz, Cannon & Associés, Quebec.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of the Province of Quebec: Dorion, Jolin & Associés, Quebec.*

*Procureurs des appelants: Flynn, Rivard, Cimon & Associés, Québec.*

*Procureurs des intimés Germain: Lazarovitz, Cannon & Associés, Québec.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général de la province de Québec: Dorion, Jolin & Associés, Québec.*

**Joseph Vetrovec** *Appellant*;  
and  
**Her Majesty The Queen** *Respondent*.  
and  
**Joseph Gaja** *Appellant*;  
and  
**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File Nos.: 16348 and 16349.

1981: May 20; 1982: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Evidence — Corroboration — Accomplices — Charge to jury — Whether or not trial judge required by law to instruct jury as to danger of unconfirmed testimony of an accomplice — Whether or not trial judge to define corroboration and analyse evidence in that regard.*

The appellants were convicted with conspiracy to traffic in heroin. The only question before this Court relates to the rule of law, long recognized in this Court, requiring a trial judge to warn the jury that it is dangerous to find a conviction on the evidence of an accomplice unless that evidence is corroborated in a material particular implicating the accused. The trial judge so instructed the jury, but the appellants object to the judge's comments on those pieces of evidence which were capable of corroborative effect.

*Held:* These appeals should be dismissed.

This Court has in the past declared its willingness to depart from its own prior decisions as well as decisions of the Privy Council and House of Lords. The present case is an appropriate occasion to exercise this direction. The law of corroboration is unnecessarily complex and technical.

There is no special category for "accomplices". The testimony of some accomplices may be untrustworthy, but this can also be said of many other categories of witnesses. There is nothing inherent in the evidence of an accomplice which automatically renders it untrustworthy. To construct a universal rule singling out accomplices is to fasten upon this branch of the law a

**Joseph Vetrovec** *Appellant*;  
et  
**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.  
<sup>a</sup> et  
**Joseph Gaja** *Appellant*;  
et  
<sup>b</sup> **Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N<sup>os</sup> du greffe: 16348 et 16349.

1981: le 20 mai; 1982: le 31 mai.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
<sup>d</sup> COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Preuve — Corroboration — Complices — Exposé au jury — Le juge du procès est-il tenu, en droit, de signaler au jury le danger que représente le témoignage non corroboré d'un complice? — Le juge du procès doit-il définir ce qu'est la corroboration et analyser les dispositions à cet égard?*

<sup>e</sup> Les appelants ont été déclarés coupables de complot en vue de faire le trafic d'héroïne. La seule question posée par le pourvoi a trait à la règle de droit, confirmée depuis longtemps par cette Cour, qui exige que le juge du procès signale au jury qu'il est dangereux de déclarer quelqu'un coupable sur la foi d'un témoignage d'un complice à moins que ce témoignage ne soit corroboré sur un détail essentiel qui incrimine l'accusé. Le juge du procès a donné ces directives au jury, mais les appelants contestent les remarques du juge à propos des éléments de preuve susceptibles de constituer une corroboration.

*Arrêt:* Les pourvois sont rejetés.

<sup>h</sup> Cette Cour a déjà indiqué qu'elle était prête à s'écarter de ses propres décisions antérieures et de celles du Conseil privé et de la Chambre des lords. Le présent pourvoi constitue une occasion appropriée d'exercer ce pouvoir discrétionnaire. Le droit relatif à la corroboration est inutilement complexe et formaliste.

<sup>i</sup> Il n'y a pas de catégorie spéciale réservée aux «complices». Le témoignage d'un complice peut ne pas être digne de foi, mais on peut en dire autant de celui de bien d'autres catégories de témoins. Il n'y a rien d'inhérent au témoignage d'un complice qui le rende nécessairement indigne de foi. Imposer une règle universelle singularisant les complices revient à attacher à ce domaine du

blind and empty formalism. Rather than attempting to pigeon-hole a witness into the accomplice category, the trial judge should direct his mind to all factors which might impair the worth of a witness, and if, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, the trial judge may then issue a clear and sharp warning to attract the jury's attention to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness.

The fact that some of the corroboration evidence in this case did not directly relate to overt acts testified to by the accomplice is irrelevant. Such evidence is capable of inducing a rational belief that the accomplice was telling the truth. The trial judge's instruction to the jury therefore did not prejudice the appellants.

*Director of Public Prosecutions v. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056; *Warkentin et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355; *Murphy and Butt v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603, considered; *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Kirsch et al. v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 440; *R. v. McNamara et al.* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] 1 All E.R. 440; *Davies v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 All E.R. 507; *R. v. Farler* (1837), 8 Car. & P. 106; *R. v. Mullins* (1848), 3 Cox C.C. 526; *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820), 33 How. St. Tr. 1338; *R. v. Kelso* (1953), 105 C.C.C. 305; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 43; *R. v. Bullyment* (1979), 46 C.C.C. (2d) 429, referred to.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1980), 58 C.C.C. 537, dismissing appeals from convictions at trial by McKay J. Appeals dismissed.

*H. A. D. Oliver and Randy Walker*, for the appellant Vetrovec.

*R. J. Allan*, for the appellant Gaja.

*L. Harris McDonald, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The appellants were charged, with seven others, with conspiracy to traffic in

droit un formalisme aveugle et vide de sens. Plutôt que de tenter de classer un témoin dans la catégorie des complices, le juge du procès ferait mieux d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin et si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, le juge du procès peut faire une mise en garde claire et précise afin d'attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions.

L'absence de rapport direct entre la preuve corroborative en l'espèce et les actes manifestes au sujet desquels le complice a témoigné est sans importance. La preuve est susceptible de faire naître une conviction logique que le témoin a dit la vérité. Les directives données par le juge du procès au jury n'ont donc pas causé de préjudice aux appelants.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Director of Public Prosecutions v. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056; *Warkentin, et autres c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355; *Murphy et Butt c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603; arrêts mentionnés: *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Kirsch et autre c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 440; *R. v. McNamara et al.* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] 1 All E.R. 440; *Davies v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 All E.R. 507; *R. v. Farler* (1837), 8 Car. & P. 106; *R. v. Mullins* (1848), 3 Cox C.C. 526; *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820), 33 How. St. Tr. 1338; *R. v. Kelso* (1953), 105 C.C.C. 305; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *A.V.G. Management Science Ltd. c. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43; *R. v. Bullyment* (1979), 46 C.C.C. (2d) 429.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1980), 58 C.C.C. 537, qui a rejeté les appels à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées au procès par le juge McKay. Pourvois rejetés.

*H. A. D. Oliver et Randy Walker* pour l'appellant Vetrovec.

*R. J. Allan* pour l'appellant Gaja.

*L. Harris McDonald, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Les appelants ont été accusés, avec sept autres personnes, de complot en

heroin between September 1, 1974 and May 26, 1976 at the City of Vancouver and elsewhere in Canada. After a long and complicated trial lasting over one hundred days, and a charge to the jury which lasted six days, both accused were convicted. Vetrovec was sentenced to 16 years imprisonment, Gaja to life imprisonment. Appeals to the British Columbia Court of Appeal were dismissed.

The only question before this Court relates to the correctness of the trial judge's charge to the jury on the issue of corroboration. The issue arises in connection with the testimony of one Langvand, an accomplice who testified on behalf of the Crown. The trial judge summarized Langvand's evidence as follows:

I will now deal with the evidence of Langvand. His evidence relates solely to count number two. His evidence does not purport to implicate Jasicek, Padaras, Starostik and Kotrbaty. His evidence, if accepted, may implicate Vetrovec and Gaja. It is Langvand's evidence that he was asked by Emil Cernansky, an unindicted co-conspirator in count number two, to act as a courier in the transporting of one to one and a half pounds of heroin from Hong Kong for a consideration of \$15,000. He says that he went to Hong Kong on May 11, 1975, with \$4,000, given to him by Cernansky. He says that he was met by the accused Vetrovec whom he had never previously met. That he gave the \$4,000 to Vetrovec; that Vetrovec instructed him to buy a suit in a large size. That on May 16, 1975, Vetrovec and Gaja strapped six pounds of heroin on him. That he, with the assistance of Vetrovec, Cernansky and Sarkozi and Gaja, managed to smuggle the heroin into the United States and then into Canada. That he gave one of the three packages to Vetrovec and later gave the other two to Cernansky and Gaja, and that he was later paid \$10,200 by Cernansky for his efforts.

The trial judge instructed the jury that, while they could convict on the testimony of an accomplice, it was dangerous to do so unless this testimony was corroborated. He charged the jury on the meaning of corroboration in accordance with the judgment of Lord Reading in *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658. He also advised them that "the only rational conclusion that you can come to is that Langvand must be treated as an accomplice".

vue de faire le trafic d'héroïne entre le 1<sup>er</sup> septembre 1974 et le 26 mai 1976, dans la ville de Vancouver et ailleurs au Canada. Après un procès long et compliqué qui a duré plus de cent jours et après six jours de directives au jury, les deux accusés ont été déclarés coupables. Vetrovec a été condamné à 16 ans d'emprisonnement et Gaja à l'emprisonnement à perpétuité. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté leurs appels.

Le seul point soumis à cette Cour est celui de savoir si les directives du juge au jury sur la question de la corroboration étaient appropriées. La question se pose à propos du témoignage d'un nommé Langvand, un complice qui a témoigné pour la poursuite. Le juge du procès résume ce témoignage comme ceci:

[TRADUCTION] Je vais maintenant résumer le témoignage de Langvand. Son témoignage ne se rapporte qu'au chef d'accusation numéro deux. Son témoignage ne tend pas à incriminer Jasicek, Padaras, Starostik et Kotrbaty. Si vous croyez son témoignage, il peut incriminer Vetrovec et Gaja. Selon le témoignage de Langvand, Emil Cernansky, un complice qui n'a pas été inculpé sous le chef numéro deux, lui a demandé d'agir comme courrier pour transporter une livre à une livre et demie d'héroïne à partir de Hong Kong pour le prix de \$15,000. Il affirme être allé à Hong Kong le 11 mai 1975, avec les \$4,000 que Cernansky lui avait remis. Il affirme qu'il a rencontré l'accusé Vetrovec qu'il n'avait jamais vu auparavant, qu'il a donné les \$4,000 à Vetrovec qui lui a ordonné d'acheter un complet de grande taille, que le 16 mai 1975, Vetrovec et Gaja ont fixé sur lui six livres d'héroïne, qu'avec l'aide de Vetrovec, Cernansky, Sarkozi et Gaja il a réussi à faire entrer l'héroïne d'abord aux États-Unis puis au Canada; qu'il a donné un des trois sacs à Vetrovec et que plus tard, il a remis les deux autres sacs à Cernansky et Gaja, et que Cernansky lui a par la suite remis \$10,200 pour sa collaboration.

Le juge du procès a expliqué aux jurés que même s'ils pouvaient déclarer les accusés coupables sur le témoignage d'un complice, il était dangereux de le faire si ce témoignage n'était pas corroboré. Il a ensuite expliqué au jury la signification de corroboration selon le jugement de lord Reading dans l'affaire *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658. Il leur a aussi dit que [TRADUCTION] «la seule conclusion logique à laquelle vous pouvez



There is no objection taken to these portions of his charge.

The objection of the appellants is to the trial judge's comments on those pieces of evidence which are capable of having corroborative effect. The trial judge stated that a number of items of evidence which were seized in Vetrovec's apartment on May 26, 1976 could corroborate Langvand's testimony. The relevant passage is as follows:

Is there any evidence which is capable of being considered by you as corroborative of the evidence of Langvand insofar as his evidence may implicate Vetrovec? Yes, there is. There is, first, the Canadian passport in the name of Joseph Vetrovec, which shows an entry into Hong Kong on February 9th, 1976, and an exit on February 13, 1976. It also shows that it was issued by the Canadian Embassy in Paris on October 9th, 1975, which means there is no record of passport usage prior to that date.

There is, next, one half of a \$10.00 U.S. bank note found in his possession.

When you are determining whether you accept that evidence and whether you will treat it as corroborative, you will, of course, keep in mind the remarks of counsel with respect to that bank note: That it was found with other American money that was in American funds and was not the \$2.00 Canadian bill that had been earlier described.

There is, next, the money found in what appears to be Mrs. Vetrovec's purse; one envelope containing nine one thousand dollar bills and another envelope containing \$5,640. Also found in the apartment was \$6,000 in travellers' cheques; some in the name of Mrs. Vetrovec and some in the name of Joseph Vetrovec. Also found was a brown paper bag containing \$2,000 in \$100 bills. This, I believe, was—my recollection is it was found under the sink.

Also found in his safety deposit box was cash in the amount of \$58,850.

There are the custom declarations showing that Vetrovec, Gaja, Cernansky, Sarkozi and Langvand all arrived in Honolulu on Air Siam flight 908 on May 16, 1975.

You will, of course, in determining whether to accept such evidence as corroborative keep in mind the submissions of Vetrovec's counsel.

arriver est qu'il faut traiter Langvand comme un complice». On ne conteste par cette partie des directives du juge.

L'objection des appelants vise les remarques du juge du procès sur la partie de la preuve qui peut servir de corroboration. Le juge du procès a mentionné que certains articles saisis dans l'appartement de Vetrovec le 26 mai 1976 pouvaient corroborer le témoignage de Langvand. Le passage en cause est le suivant:

[TRADUCTION] Y-a-t-il des éléments de preuve que vous puissiez considérer comme une corroboration du témoignage de Langvand, pour autant que ce témoignage puisse incriminer Vetrovec? Oui, il y en a. Il y a, d'abord, le passeport canadien établi au nom de Joseph Vetrovec, qui fait état d'une arrivée à Hong Kong le 9 février 1976 et d'un départ le 13 février 1976. Il révèle également qu'il a été délivré à l'ambassade du Canada à Paris le 9 octobre 1975, ce qui signifie qu'il n'y a pas d'indication de l'utilisation antérieure du passeport.

Il y a ensuite la moitié d'un billet de \$10 américains trouvé en sa possession.

Pour déterminer si vous acceptez cette preuve et si vous jugez qu'elle a l'effet d'une corroboration, vous tiendrez compte, bien sûr, des observations de l'avocat au sujet de ce billet de banque: il a été trouvé avec de l'argent américain en coupures américaines et ce n'était pas le billet de \$2 canadiens qu'on a décrit plus tôt.

Il y a ensuite l'argent trouvé dans ce qui paraît être le sac à main de M<sup>me</sup> Vetrovec; une enveloppe contenant neuf billets de mille dollars et une autre enveloppe contenant \$5,640. On a aussi trouvé dans l'appartement \$6,000 en chèques de voyage, certains au nom de M<sup>me</sup> Vetrovec et d'autres au nom de Joseph Vetrovec. On a aussi trouvé un sac de papier brun contenant \$2,000 en billets de \$100. C'est, je crois, si je me souviens bien, ce qui a été trouvé sous l'évier.

On a aussi trouvé dans son coffret de sûreté \$58,850 en espèces.

Il y a les déclarations de douane établissant que Vetrovec, Gaja, Cernansky, Sarkozi et Langvand sont tous arrivés à Honolulu par le vol 908 d'Air Siam, le 16 mai 1975.

Pour décider si vous acceptez ces éléments de preuve comme corroboration, vous allez, bien sûr, tenir compte des arguments de l'avocat de Vetrovec.

With respect to the appellant Gaja, the trial judge stated that conversations between the appellant and one Soave, a police undercover officer, were capable of having corroborative effect.

There is the evidence of Corporal Soave that he met Gaja at the Prague Restaurant late in the evening of April 28, 1976. The restaurant was closed. Janda and Soave sat with Gaja. Gaja said that Jasicek, although a nice fellow, did not have Gaja's power. According to Soave, Gaja indicated that although Soave did not know it, he, Gaja, had been involved in negotiations for the sale of one pound of brown heroin to Soave some weeks earlier and that Jasicek had been the middle man. According to Soave, Gaja said that night in question Jasicek came to him about the sale of one pound of heroin to Soave and that Jasicek wanted an answer in half an hour. Gaja said that he could not give an answer in that short a time and, further, he told Jasicek that the price for one pound would be \$35,000. According to Soave, he then asked Gaja if he was still interested in doing business and Gaja said: "Of course, but I leave tomorrow". They agreed to meet the following day. That evidence, if accepted by you, is capable of being corroborative with respect to Gaja.

The trial judge also held that certain items of evidence seized from Gaja's apartment could corroborate Langvand's testimony.

There is the passport of Gaja showing entry into Hong Kong on May 11, '75, and an exit on May 16, '75. An entry on February 9, '76, and an exit on February 14, '76. It is to be noted that the May 11, '75, May 16, '75, visit to Hong Kong coincides with the dates given by Langvand.

There is the evidence of \$7,600 in cash seized at his apartment. There is the set of scales, the tin of lactose, and the package of balloons found on the premises of Gaja. There are the customs declarations showing that Gaja, Vetrovec, Cernansky, Sarkozi and Langvand all arrived in Honolulu on Air Siam on flight 908 on May 16, '75.

The objection of the appellants is framed in the following manner. The testimony of Langvand, the accomplice, related to a trip to Hong Kong for the purpose of importing heroin between May 11 and May 16, 1975. None of the evidence outlined by the trial judge, with the exception of the customs declarations and Gaja's passport, relates directly to this specific trip. It tends to connect the appel-

Quant à l'appellant Gaja, le juge du procès a affirmé que les conversations de ce dernier avec un nommé Soave, un agent secret, pouvaient avoir l'effet d'une corroboration.

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il y a le témoignage du caporal Soave, qui a déclaré avoir eu un rendez-vous avec Gaja au restaurant Prague, tard dans la soirée du 28 avril 1976. Le restaurant était fermé. Janda et Soave étaient assis avec Gaja. Gaja a dit que même si Jasicek était un type bien, il n'avait pas l'autorité de Gaja. Selon Soave, Gaja a affirmé que même si Soave ne le savait pas, lui, Gaja, avait pris part aux négociations en vue de la vente d'une livre d'héroïne brune à Soave quelques semaines plus tôt et que Jasicek avait servi d'intermédiaire. Selon Soave, <sup>b</sup> Gaja a dit que ce soir-là Jasicek était venu le trouver à propos de la vente d'une livre d'héroïne à Soave et que Jasicek voulait avoir une réponse dans une demi-heure. Gaja a dit à Jasicek qu'il ne pouvait fournir une réponse en si peu de temps et que le prix d'une livre d'héroïne <sup>c</sup> serait de \$35,000. Selon Soave, il aurait alors demandé à Gaja s'il était encore intéressé à faire affaire et Gaja lui a dit: «Bien sûr, mais je pars demain». Ils se sont donné rendez-vous pour le lendemain. Si vous l'acceptez, cette preuve peut être une corroboration quant à Gaja.

<sup>e</sup> Le juge du procès a aussi conclu que certaines pièces à conviction saisies dans l'appartement de Gaja pouvaient corroborer le témoignage de Langvand.

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Il y a le passeport de Gaja qui établit l'arrivée à Hong Kong le 11 mai 1975 et le départ le 16 mai 1975, l'arrivée le 9 février 1976 et le départ le 14 février 1976. Il y a lieu de souligner que la visite à Hong Kong du 11 au 16 mai 1975 correspond aux dates <sup>g</sup> indiquées par Langvand.

Il y a la preuve des \$7,600 en espèces saisis à son appartement. Il y a le jeu de balances, la boîte de lactose et le paquet de ballons trouvés chez Gaja. Il y a les déclarations de douane qui établissent que Gaja, Vetrovec, Cernansky, Sarkozi et Langvand sont tous arrivés à Honolulu par le vol 908 d'Air Siam le 16 mai 1975.

<sup>i</sup> L'objection des appelants est formulée dans les termes suivants. Le témoignage de Langvand, qui est un complice, a trait à un voyage à Hong Kong du 11 au 16 mai 1975 dans le but d'importer de l'héroïne. Aucun des éléments de preuve retenus <sup>j</sup> par le juge du procès, sauf les déclarations de douane et le passeport de Gaja, n'ont de rapport direct avec ce voyage précis. Ils tendent à associer

lants with drug trafficking generally, but not necessarily with the trip described by Langvand. Therefore, according to the appellants, it cannot be regarded as corroborative. It does not relate to the 'overt act' testified to by Langvand. Putting the objection another way, the supporting evidence is said to be 'too remote' to have corroborative effect.

The majority of the Court of Appeal rejected these arguments. Mr. Justice Seaton, speaking for himself and Mr. Justice Taggart, stated that the evidence was corroborative because it tended to connect the accused with the crime charged. It was not necessary, in his view, that the supporting testimony relate directly to the 'overt act' described by the accomplice in his evidence. Mr. Justice Anderson agreed that the appeal of Gaja should be dismissed, but he would have ordered a new trial for the appellant Vetrovec. In his opinion, the only evidence capable of directly corroborating Langvand's evidence regarding Vetrovec was the customs declaration filed on May 16, 1975. The rest of the evidence was 'too remote' and not directly connected with the events described by Langvand. In his opinion, the trial judge had erred in leaving this evidence to the jury on the question of corroboration.

Let me say at the outset that I agree with the majority of the Court of Appeal that both appeals should be dismissed.

Before elaborating, however, I would like to review and reassess general principles relating to the law of corroboration of accomplices. This is one of the most complicated and technical areas of the law of evidence. It is also in need of reform. Both the Law Reform Commission of Canada (*Report on Evidence*, s. 88(b) of the proposed Code) and the English Criminal Law Revision Committee (*11th Report on Evidence 1972*, Cmnd 4991, paras 183-85) have recently recommended a drastic overhaul of the law of corroboration. The Evidence Code proposed by the Law Reform Commission of Canada would contain the following provision:

de façon générale les appelants au trafic de la drogue, mais pas nécessairement au voyage décrit par Langvand. En conséquence, selon les appelants, ils ne peuvent être considérées comme une corroboration. Ils n'ont pas de rapport avec «l'acte manifeste» au sujet duquel Langvand a témoigné. Pour exprimer l'objection autrement, les éléments de preuve complémentaire sont «trop éloignés» pour avoir l'effet d'une corroboration.

La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté ces prétentions. Le juge Seaton, aux motifs duquel a souscrit le juge Taggart, conclut que la preuve constitue une corroboration parce qu'elle tend à associer les accusés à l'infraction dont ils sont accusés. Il n'est pas nécessaire, à son avis, que le témoignage complémentaire se rapporte directement à «l'acte manifeste» dont le complice a parlé dans son témoignage. Le juge Anderson a été d'accord pour rejeter l'appel de Gaja, mais il aurait ordonné un nouveau procès pour l'appellant Vetrovec. A son avis, la seule preuve susceptible de corroborer directement le témoignage de Langvand quant à Vetrovec est la déclaration de douane produite le 16 mai 1975. Le reste de la preuve est «trop éloignée» et sans lien direct avec les événements décrits par Langvand. A son avis, le juge du procès a commis une erreur en laissant cette preuve à l'appréciation du jury quant à la corroboration.

Qu'il me soit permis de dire dès le départ que je suis d'accord avec les juges de la majorité en Cour d'appel pour rejeter les deux pourvois.

Avant d'aller plus loin, toutefois, je veux étudier et réévaluer les principes généraux qui régissent le droit sur la corroboration des complices. C'est un des domaines du droit de la preuve des plus compliqués et des plus formalistes. Il a aussi besoin de réforme. Tant la Commission de réforme du droit du Canada (Projet sur le droit de la preuve, art. 88b) du projet de code) que le English Criminal Law Revision Committee (*11th Report on Evidence 1972*, Cmnd 4991, par. 183 à 185) ont récemment recommandé une révision en profondeur du droit relatif à la corroboration. Le Code de la preuve que propose la Commission de réforme du droit du Canada comporte la disposition suivante:

88. For greater certainty it is hereby provided that

(a) ...

(b) every rule of law that requires the corroboration of evidence as a basis for a conviction or that requires that the jury be warned of the danger of convicting on the basis of uncorroborated evidence is abrogated.

Professor Heydon states that "it is at least difficult to deny that the current English law on accomplice evidence has become both too wide and too narrow for the mischief it is attempting to control. It is too wide in applying to accomplices who are in fact trustworthy; it is too narrow in applying only to participants in exactly the same crime as that charged against the accused" (*The Corroboration of Accomplices*, [1973] Crim. L.R. 264, at p. 281). Professor Wakeling questions the necessity for the rules and wonders whether "the rules will impede justice as often as promote it" (*Corroboration in Canadian Law* (1977), at p. 103) although she favours a non-discretionary warning with respect to accomplice evidence (*ibid.*, at pp. 112-13).

As Professor Schiff has noted, *Evidence in the Litigation Process* (1978), vol. 1, at p. 607, common law doctrine in Canada and England requiring a special jury instruction for certain categories of witnesses has little counterpart in the United States. The trial judge has a discretion whether to give, or not give, an accomplice/corroboration warning. Judges are not bound to give the warning in every trial where an accomplice has testified for the prosecution. "Indeed," says Professor Schiff, "corroboration doctrine has been of so little relative importance in American evidence law that the term is not mentioned in either edition of Professor McCormick's book concerning the testimony of any category of witness, and the term is not mentioned at all in the Model Code, the Uniform Rules of Evidence or the Federal Rules of Evidence" (at pp. 607-08).

In the case of a jury charge in which a witness who might be regarded as an accomplice testifies,

88. Pour plus de certitude, il est décidé:

a) ...

b) que sont abolies toutes les règles de droit posant la nécessité de corroborer un élément de preuve pour rendre un verdict de culpabilité, obligeant à mettre le jury en garde contre le danger de rendre un verdict de culpabilité sur la base d'une preuve non corroborée.

Le professeur Heydon affirme que [TRADUCTION] «il faut bien admettre que le droit anglais actuel relatif au témoignage des complices est devenu à la fois trop général et trop précis pour écarter le risque qu'il cherche à éviter. Il est trop général en ce qu'il s'applique à des complices qui, en réalité, sont dignes de foi; il est trop précis en ce qu'il ne s'applique qu'à ceux qui sont accusés exactement du même crime que l'accusé lui-même» (*The Corroboration of Accomplices*, [1973] Crim. L.R. 264, à la p. 281). Le professeur Wakeling met en doute la nécessité de ces règles et se demande si [TRADUCTION] «des règles n'entravent pas aussi souvent la justice qu'elles la favorisent» (*Corroboration in Canadian Law* (1977), à la p. 103), même si elle préfère une mise en garde qui ne soit pas facultative à l'égard du témoignage d'un complice (*ibid.*, aux pp. 112 et 113).

Comme l'a souligné le professeur Schiff, dans *Evidence in the Litigation Process* (1978), T. 1, p. 607, la doctrine de *common law* qui exige, au Canada et en Angleterre, des directives spéciales au jury pour certaines catégories de témoins n'a pas vraiment d'équivalent aux États-Unis. Le juge du procès est libre de faire ou non la mise en garde relative au complice et à la corroboration. Les juges ne sont pas tenus de faire la mise en garde chaque fois qu'un complice témoigne pour la poursuite. [TRADUCTION] «En réalité, dit le professeur Schiff, la doctrine relative à la corroboration a si peu d'importance en droit américain de la preuve que l'expression ne figure dans aucune des éditions de l'ouvrage du professeur McCormick sur le témoignage des diverses catégories de témoins et elle n'est pas mentionnée non plus dans le *Model Code*, ni dans les règles uniformes de preuve ou dans les règles fédérales de preuve» (aux pp. 607 et 608).

Quand il y a déposition d'un témoin qui pourrait être considéré comme complice, il est devenu non

it has become not merely a rule of practice but a rule of law for the trial judge to warn the jury that it is dangerous to found a conviction on the evidence of an accomplice unless that evidence is corroborated in a material particular implicating the accused. The jury may convict in such circumstances but it is dangerous to do so. The judge must determine as a matter of law whether the witness might be an accomplice for the purposes of the rule. The jury must then decide whether he is in fact an accomplice. The judge explains the legal definition of "corroboration" with heavy reliance upon what was said by Lord Reading in *R. v. Baskerville, supra*. The judge lists for the jury the pieces of evidence which are in his view capable of amounting to corroboration. Finally, they are told that it is for the jury to decide whether the evidence to which their attention has been directed does amount to corroboration. As the study paper of the Law Reform Commission of Canada *Evidence 11. Corroboration* dryly observes at p. 7 an "enormous superstructure . . . has been erected on the original basic proposition that the evidence of some witnesses should be approached with caution".

The accused is in the unhappy position of hearing the judge draw particular attention to the evidence which tends to confirm the testimony the accomplice has given. Cogent prejudicial testimony is thus repeated and high-lighted. For the jury this part of the charge can only be, in the words of Lord Diplock in *Director of Public Prosecutions v. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056, at p. 1075, "a frequent source of bewilderment". The task of a trial judge seeking to identify the evidence capable of amounting to corroboration is unenviable. Lord Reading in the *Baskerville* case said that it would be in high degree dangerous to attempt to formulate the kind of evidence which could be regarded as corroboration. It is also often a difficult and dangerous exercise identifying what pieces of evidence are capable of being corroborative. To take a simple example. In a rape case, to what degree must the appearance of the complainant be dishevelled, or a garment torn, in order to constitute evidence capable of amounting to corroboration as to non-consent?

seulement d'usage, mais une règle de droit, que dans ses directives, le juge du procès prévienne le jury qu'il est dangereux de déclarer quelqu'un coupable sur le témoignage d'un complice à moins que ce témoignage ne soit corroboré sur un détail essentiel qui incrimine l'accusé. Le jury peut prononcer une condamnation dans ces circonstances, mais il est dangereux de le faire. Le juge doit déterminer, comme question de droit, si le témoin pourrait être un complice aux fins de la règle. Il appartient ensuite au jury de décider s'il s'agit en fait d'un complice. Le juge explique la définition juridique de la corroboration en empruntant largement à ce que dit lord Reading dans l'arrêt *R. v. Baskerville*, précité. Le juge énumère au jury les éléments de preuve qui, à son avis, sont susceptibles de servir de corroboration. Enfin, il dit aux jurés qu'il leur appartient de déterminer si les éléments de preuve qu'il signale à leur attention constituent effectivement une corroboration. Comme l'étude de la Commission de réforme du droit du Canada intitulée *La preuve 11. La corroboration* le dit sans ménagement à la p. 8, il s'agit d'un «édifice juridique à partir de l'énoncé premier voulant que la déposition de certains témoins soit abordée avec prudence».

L'accusé se trouve dans la situation défavorable d'entendre le juge attirer l'attention du jury sur les éléments de preuve qui tendent à confirmer le témoignage du complice. Un témoignage convaincant et préjudiciable à l'accusé se trouve répété et souligné. Cette partie des directives au jury est nécessairement, selon l'expression de lord Diplock dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Hester*, [1972] 3 All E.R. 1056, à la p. 1075, [TRADUCTION] «très souvent une source de confusion». Le rôle du juge du procès qui doit identifier les éléments de preuve susceptibles de servir de corroboration n'est pas de tout repos. Dans l'affaire *Baskerville*, lord Reading a dit que c'est courir à l'échec que de tenter de définir le genre de preuve qui peut être considérée comme une corroboration. Il est aussi souvent difficile et dangereux de déterminer quels éléments de preuve peuvent servir de corroboration. Voici un exemple simple. Dans une affaire de viol, à quel point la plaignante doit-elle être échevelée ou un vêtement doit-il être déchiré pour que ces éléments de preuve puissent servir à corroborer l'absence de consentement?

Two circumstances in particular make it appropriate, as it seems to me, to pause and reassess the law as it affects corroboration, with particular reference to accomplice evidence. The first such circumstance is the increasing length and complexity of criminal trials, particularly in cases of so-called "white collar" crime. I think of the case of *Kirsch et al. v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 440, which came to the Court recently. After a trial extending over some weeks and a guilty verdict, the whole process started afresh after this Court found that the Crown prosecutor was in error in telling the jury that two pieces of evidence were capable of corroborative effect and the trial judge had failed to correct the error. I think of the case of *R. v. McNamara et al.* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), another trial that extended over months. At the end, the trial judge charged the jury that there were some forty-two pieces of evidence, each of which the judge referred to, as being capable of corroborating certain accomplice testimony. I think of the instant case and the task facing the trial judge in sifting through over nine thousand pages of transcript in a search for evidence capable of corroborative effect.

The second circumstance is the apparent trend in the English Courts to cast aside the technical *impedimenta* with which the idea of corroboration has increasingly been loaded and return to the conceptual basics. I refer in particular to *Director of Public Prosecutions v. Hester*, *supra*, and *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] 1 All E.R. 440 (H.L.). The House of Lords has never specifically approved the definition of corroboration set out in *Baskerville*. The same antipathy to the detailed *Baskerville* doctrine can be discerned in two recent cases in this Court, *Warkentin et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 355 and *Murphy and Butt v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603.

I

The common law, rejecting the 'numerical criterion' common to some legal systems, has traditionally held that the testimony of a single witness is a sufficient basis for a criminal conviction. The general rule applied equally in the case of

Deux choses particulières me font penser qu'il est temps de s'arrêter et de réévaluer le droit relatif à la corroboration, notamment en ce qui a trait au témoignage d'un complice. La première est la complexité et la durée croissantes des procès criminels, notamment dans les affaires appelées les crimes de «col blanc». J'ai à l'esprit l'affaire *Kirsch et autre c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 440, que cette Cour a entendue récemment. Après un procès de plusieurs semaines et une déclaration de culpabilité, le tout a été à refaire après que cette Cour eut conclu que le substitut avait commis une erreur en indiquant au jury que deux éléments de preuve pouvaient servir de corroboration et que le juge du procès avait omis de rectifier l'erreur. J'ai à l'esprit l'affaire *R. v. McNamara et al.* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), un autre procès de plusieurs mois. A la fin du procès, le juge a expliqué au jury qu'il y avait environ quarante-deux éléments de preuve susceptibles de corroborer le témoignage d'un complice et il les leur a tous énumérés. J'ai à l'esprit l'affaire en instance et la tâche qu'avait le juge de fouiller neuf mille pages de transcription pour repérer les éléments de preuve susceptibles d'avoir une valeur de corroboration.

La deuxième chose est la tendance manifeste des cours anglaises à écarter les *impedimenta* formalistes dont le concept de corroboration s'est alourdi et à revenir aux principes de base. Je me réfère spécialement aux arrêts *Director of Public Prosecutions v. Hester*, précité, et *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, [1973] 1 All E.R. 440 (H.L.). La Chambre des lords n'a jamais expressément approuvé la définition de corroboration énoncée dans l'arrêt *Baskerville*. On peut déceler la même aversion pour la doctrine détaillée de l'arrêt *Baskerville* dans deux arrêts récents de cette Cour: *Warkentin et autres c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 355 et *Murphy et Butt c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603.

i

I

La *common law* qui refuse le critère du nombre commun à d'autres systèmes juridiques, a toujours reconnu que la déposition d'un seul témoin suffit pour emporter une condamnation. Cette règle générale s'appliquait également au témoignage

accomplices: where the testimony of an accomplice was admissible, it could justify a verdict of guilty. But while the common law (after some initial doubts) recognized an accomplice as a competent witness, it continued to harbour some suspicions as to the trustworthiness of his testimony. There appeared to be something unsavoury about a self-confessed knave, often for reward, accusing his companions in crime. Thus the practice arose in the 18th century of warning the jury that, while they might legally convict on the basis of the testimony of an accomplice, it would be dangerous to do so unless the testimony were supported or 'corroborated' by other unimpeachable evidence. This warning was for many years a matter for the discretion of the trial judge but in 1916, the English Court of Criminal Appeal declared that the practice had become "virtually equivalent to a rule of law" (*R. v. Baskerville, supra*, at p. 663). The Court also took the opportunity, at p. 667, to state that 'corroboration' had a precise legal meaning:

We hold that evidence in corroboration must be independent testimony which affects the accused by connecting or tending to connect him with the crime. In other words, it must be evidence which implicates him, that is, which confirms in some material particular not only the evidence that the crime has been committed, but also that the prisoner committed it.

As Lord Diplock observed in *Director of Public Prosecutions v. Hester, supra*, at p. 1075, there are several formulae in the *Baskerville* judgment, of which the above is one.

Since *Baskerville*, a failure to instruct the jury in accordance with Lord Reading's exegesis will usually result in a conviction being overturned. (See *Davies v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 All E.R. 507 (H.L.))

In evaluating the adequacy of the law in this area, the first question which must be answered is a basic one: why have a special rule for accomplices at all? Credibility of witnesses and the weight of the evidence is, in general, a matter for the trier of fact. Identification evidence, for example, is notoriously weak, and yet the trial judge is not automatically required, as a matter of law, to

d'un complice: lorsque ce témoignage était recevable, il pouvait entraîner un verdict de culpabilité. Tout en reconnaissant, malgré certaines hésitations au début, qu'un complice est un témoin compétent, la *common law* a continué à entretenir des doutes sur la fiabilité de son témoignage. Il semblait être passablement louche de voir un filou repentini accuser, souvent moyennant récompense, ses compagnons de crime. Il devint donc d'usage, au 18<sup>e</sup> siècle, de prévenir le jury que même s'il pouvait juridiquement trouver l'accusé coupable sur la foi du témoignage d'un complice, il était dangereux de le faire si ce témoignage n'était pas étayé ou «corroboré» par une preuve irréfutable. Pendant longtemps, le juge du procès a eu l'entière liberté de faire ou non la mise en garde, mais en 1916, la Court of Criminal Appeal anglaise a statué que l'usage [TRADUCTION] «était presque devenu une règle de droit» (*R. v. Baskerville, précité*, à la p. 663). La cour a aussi, à cette occasion, affirmé que le mot «corroboration» avait un sens juridique précis (à la p. 667):

[TRADUCTION] Nous décidons que la preuve apportée en corroboration doit être un témoignage indépendant qui vise l'accusé et l'associe ou tend à l'associer à l'infraction. En d'autres termes, il faut que ce soit une preuve qui l'implique, c'est-à-dire qui confirme, sous un aspect important, non seulement la preuve que l'infraction a été commise, mais également que c'est l'accusé qui l'a commise.

Comme lord Diplock le signale dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Hester*, précité, à la p. 1075, il y a plusieurs formules dans l'arrêt *Baskerville*, dont celle-ci.

Depuis l'arrêt *Baskerville*, l'omission d'instruire le jury selon l'exégèse de lord Reading entraîne ordinairement l'annulation du verdict de culpabilité. (Voir: *Davies v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 All E.R. 507 (H.L.))

Dans le but d'évaluer la pertinence des principes juridiques dans ce domaine, la première question à se poser en est une fondamentale: pourquoi faut-il une règle spéciale pour les complices? La crédibilité des témoins et la valeur de la preuve sont ordinairement laissés à l'appréciation du juge des faits. La preuve d'identification, par exemple, est notoirement faible et pourtant on n'exige pas auto-

instruct the jury on this point. Similarly, the trial judge is not required in all cases to warn the jury with respect to testimony of other witnesses with disreputable and untrustworthy backgrounds. Why, then, should we automatically require a warning when an accomplice takes the stand?

There are a number of oft-repeated justifications. Wigmore thought the main reason for the rule was that an accomplice may try to save himself from punishment by procuring the conviction of others. As Lord Adinger said in *R. v. Farler* (1837), 8 Car. & P. 106, at p. 108: "The danger is, that when a man is fixed, and knows that his own guilt is detected, he purchases impunity by falsely accusing others". The risk, then, is that the prosecuting authorities might promise immunity for the accomplice if he agrees to testify against his partners in crime, and this promise might in turn induce perjury.

Wigmore was not much impressed with the soundness of this rationale. As he noted, the promise of clemency is not invariably made. It may be that an accomplice is testifying knowing full well that he in turn will face prosecution for his role in the crime. In these cases, the essential cause for mistrust disappears. Further, Wigmore argued that the influence of the promise of immunity must depend on the nature of the charge and the personality of the accomplice. Even in cases where a promise of immunity is offered, it should not always be assumed that the accomplice cannot be trusted. "[C]redibility is a matter of elusive variety," Wigmore said, "and it is impossible and anachronistic to determine in advance that, with or without promise, a given man's story must be distrusted" (vol. VII, para. 2057, at p. 417).

The prospect of an accomplice purchasing immunity through falsely accusing others is not the only danger traditionally associated with accomplice evidence. It has also been suggested that an accomplice cannot be trusted because he will want to suggest his innocence or minor participation in the crime and to transfer the blame to

matiquement en droit que le juge du procès donne des directives au jury sur ce point. De même le juge du procès n'est pas tenu, dans tous les cas, de mettre le jury en garde à propos du témoignage d'autres témoins aux antécédents louches et douteux. Pourquoi, alors, exiger automatiquement une mise en garde quand un complice témoigne?

Il y a certaines justifications classiques. Wigmore pense que la justification principale de la règle tient à ce qu'un complice peut chercher à éviter sa propre condamnation en aidant à faire condamner les autres. Comme lord Adinger le dit dans l'arrêt *R. v. Farler* (1837), 8 Car. & P. 106, à la p. 108: [TRADUCTION] «Le danger est que lorsqu'une personne est coïncée et sait que sa culpabilité est découverte, elle acquiert l'impunité en accusant faussement d'autres personnes». Le risque vient alors de ce que la poursuite peut promettre l'immunité au complice s'il accepte de témoigner contre ses compagnons de crime. Cette promesse peut en conséquence provoquer de faux témoignages.

Wigmore n'a pas trouvé ce raisonnement très convaincant. Comme il le souligne, la promesse de clémence n'est pas toujours présente. Il se peut qu'un complice dépose en sachant fort bien qu'il sera lui-même poursuivi pour sa participation à l'infraction. Dans de tels cas, la cause principale de méfiance est absente. De plus, Wigmore fait valoir que la portée de la promesse d'immunité dépend de la nature de l'accusation et de la personne qui est le complice. Même dans les cas où l'on promet l'immunité, on ne doit pas nécessairement conclure que le complice n'est pas digne de foi. [TRADUCTION] «La crédibilité, écrit Wigmore, est une notion aux multiples facettes insaisissables et il est impossible et anachronique de décider à l'avance de rejeter la version d'un témoin, qu'on lui ait fait des promesses ou non» (T. VII, par. 2057, à la p. 417).

La perspective qu'un complice acquière l'impunité en accusant faussement d'autres personnes n'est pas le seul danger qu'on associe ordinairement au témoignage d'un complice. On laisse aussi entendre qu'un complice n'est pas crédible parce qu'il voudra donner une impression d'innocence, ou du moins, d'une participation mineure à l'in-



the shoulders of others. But again, if we examine this rationale more closely, we see that it cannot be the foundation for a general rule regarding all accomplices. Some accomplices do indeed attempt to minimize their involvement in the crime; but experience has shown this is not always the case. Logically, where an accomplice openly acknowledges his participation, there should be no need for a warning. Further, even when the accomplice claims that he played a minor role in the crime, this version of the events may be admitted by the accused. Where the part played by the accomplice is common ground, there seems little risk that the accomplice is deliberately fabricating his own participation in order to play up the guilt of others. In short, this second reason cannot support a rule affecting all accomplices: credibility will vary with the facts of the particular case.

It is also said that an accomplice may falsely accuse others in order to protect his friends. As one judge put it: "It often happens that an accomplice is a friend of those who committed the crime with him, and he would much rather get them out of the scrape and fix an innocent man than his real associates" (Maule J. in *R. v. Mullins* (1848), 3 Cox C.C. 526, at p. 531). While this may occasionally be a danger, it can hardly be said to be generally true of all accomplices. As Chief Baron Joy wrote in his treatise *Evidence of Accomplices* (Dublin, 1836), at p. 14:

But friendship is not the bond which unites associates in crime; and the accomplice who avows his own guilt, will not feel much disposition to conceal that of his associate: at least he will not incur any risk on his account. In my experience I have ever found it so; the utmost favor that I have ever known an accomplice to show to any of his companions having been to assign to him a less prominent part in the transaction, and to make him comparatively better, by making him less active, than the others. These considerations have, with me at least, great weight; and therefore, though I by no means say the case is impossible, I will venture to assert that it much more rarely happens that an accomplice accuses an innocent man through malice, than that an unimpeachable witness accuses an innocent man through mistake.

fraction et faire porter la responsabilité par les autres. Encore là, en examinant ce raisonnement de plus près, on se rend compte qu'il ne peut justifier une règle générale s'appliquant à tous les complices. Il y a des complices qui essaient de minimiser leur participation à l'infraction, mais l'expérience démontre que ce n'est pas toujours vrai. En toute logique, si le complice avoue franchement sa participation à l'infraction, la mise en garde ne devrait pas être nécessaire. De plus, même si le complice prétend qu'il n'a joué qu'un rôle mineur dans la perpétration de l'infraction, il se peut que l'accusé admette cette version des faits. Lorsque le rôle joué par le complice est admis de part et d'autre, il semble y avoir peu de risques que le complice invente une version de sa participation qui rejette la responsabilité sur les autres. En résumé, ce deuxième motif ne justifie pas une règle applicable à tous les complices: la crédibilité varie en fonction des faits de chaque affaire.

On fait également valoir qu'un complice peut accuser les autres faussement dans le but de protéger ses amis. Comme un juge l'a dit: [TRADUCTION] «Il arrive souvent qu'un complice soit l'ami de ceux qui ont commis l'infraction avec lui et il ferait condamner un innocent plutôt que ses complices véritables pour les sortir du pétrin». (Le juge Maule dans *R. v. Mullins* (1848), 3 Cox. C.C. 526, à la p. 531.) Bien qu'à l'occasion ce danger puisse exister, on ne peut pas dire que ce soit généralement vrai de tous les complices. Comme le baron en chef Joy le dit dans son traité *Evidence of Accomplices* (Dublin, 1836), à la p. 14:

[TRADUCTION] Mais ce n'est pas l'amitié qui unit les complices. Le complice qui avoue sa propre culpabilité ne sera pas porté à cacher celle de son compagnon, il ne prendra du moins aucun risque à ce titre. Dans mon expérience, cela ne s'est jamais produit. La plus grande faveur que j'ai jamais vu un complice faire à l'un de ses compagnons a été de lui attribuer un rôle moins important dans l'opération et ainsi de le favoriser par rapport aux autres en lui faisant jouer un rôle plus passif. Ces considérations ont, pour moi du moins, un grand poids. En conséquence, même si je suis loin de dire que c'est impossible, j'irais jusqu'à affirmer qu'il arrive beaucoup moins fréquemment qu'un complice accuse un innocent par malveillance qu'il n'arrive qu'un témoin irréprochable accuse un innocent par erreur.

Finally, it has been suggested that an accomplice is not to be believed since he is a self-confessed criminal and is 'morally guilty'. This argument is easily rejected. First, we accept the testimony of other criminals without automatically requiring a warning as to their credit. Second, the 'moral guilt' of an accomplice must vary with the nature of the crime involved. One who is guilty of an assault may be thought to be more trustworthy than an incorrigible counterfeiter. Yet the present law makes no distinction between them. Once a witness is classified as an accomplice, his testimony is automatically regarded as suspect.

None of these arguments can justify a fixed and invariable rule regarding all accomplices. All that can be established is that the testimony of some accomplices may be untrustworthy. But this can be said of many other categories of witness. There is nothing inherent in the evidence of an accomplice which automatically renders him untrustworthy. To construct a universal rule singling out accomplices, then, is to fasten upon this branch of the law of evidence a blind and empty formalism. Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then, regardless of whether the witness is technically an 'accomplice' no warning is necessary.

The "common sense" approach was originally followed in England. In *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820), 33 How. St. Tr. 1338 Baron Garrow instructed the jury as follows, at p. 1483:

... you are to look to the circumstances, to see whether there are such a number of important facts confirmed as to give you reason to be persuaded that the main body of the story is correct; ... you are, each of you, to ask yourselves this question ... Do I, upon the whole, feel

Enfin on a avancé qu'un complice n'est pas digne de foi puisque, de son propre aveu, c'est un criminel qui est «moralelement coupable». Cet argument est facile à réfuter. D'abord, nous acceptons le témoignage d'autres criminels sans exiger nécessairement de mise en garde quant à leur crédibilité. Puis la «culpabilité morale» d'un complice varie selon la nature du crime en cause. Celui qui s'est rendu coupable de voies de fait pourrait fort bien être beaucoup plus crédible que le faussaire invétéré. Pourtant, selon le droit actuel, il n'existe aucune différence entre eux. Du moment qu'un témoin se classe dans la catégorie des complices, sa déposition est automatiquement considérée avec méfiance.

Aucun de ces arguments ne justifie une règle unique et invariable pour tous les complices. Tout ce qu'on peut établir, c'est que le témoignage de certains complices peut ne pas être digne de foi. On peut en dire autant de beaucoup d'autres catégories de témoin. Il n'y a rien d'inhérent au témoignage d'un complice qui le rende nécessairement indigne de foi. Imposer une règle universelle singularisant les complices revient donc à attacher à ce domaine du droit de la preuve un formalisme aveugle et vide de sens. Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un «complice» ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire.

C'était la solution de «bon sens» adoptée à l'origine en Angleterre. Dans le *Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason* (1820), 33 How. St. Tr. 1338, le baron Garrow a donné les directives suivantes au jury (à la p. 1483):

[TRADUCTION] ... vous devez examiner les circonstances pour voir si suffisamment de faits importants sont confirmés pour vous convaincre que l'essentiel de la version est exact ... ; chacun de vous doit se poser la question suivante: ... Suis-je convaincu, en mon for

convinced in my conscience, that this evidence is true, and such as I may safely act upon?

This common sense approach to the matter was eventually discarded, however, in favour of the more technical view of Lord Reading in *Baskerville*. Corroboration became a certain sort of evidence, namely, evidence “which confirms in some material particular not only the evidence that the crime has been committed, but also that the prisoner committed it”. “On this point little can be said save that it forms part of a conflict running through so much of the law of evidence between discretionary rules sensibly applied and rigid rules which though they may cause difficulties because of inflexibility at least constitute a bulwark against incompetence or prosecution-mindedness” (Heydon, *supra*, at p. 281).

There are at least three difficulties associated with the *Baskerville* definition. The first is that it tends to obscure and, indeed, confuse the reason behind the ‘accomplice warning’. As noted, the reason for the warning is that the accomplice is potentially untrustworthy, and we therefore desire other evidence which will accredit his testimony. After *Baskerville* courts began to frame the issue in terms of whether the corroborative evidence conformed to Lord Reading’s definition, and ignored the real issue, whether there was evidence that bolstered the credibility of the accomplice. The result was, in effect, that in due course ‘corroboration’ became virtually divorced from the issue of the credibility of the accomplice. Evidence which strengthened credibility was at the same time characterized as not corroborative ‘in law’. Corroboration became a legal term of art, wholly unconnected with the original reason for the accomplice warning.

The second difficulty associated with *Baskerville* is related to the first. Once it is decided that corroboration is a legal term of art, the law in the area becomes increasingly complex and technical. It immediately becomes necessary for the trial

intérieur, que, dans l’ensemble, ce témoignage est vrai de sorte que je puisse m’y fier sans crainte?

Cette solution de «bon sens» a finalement été remplacée par le point de vue plus formaliste exprimé par lord Reading dans l’arrêt *Baskerville*. La corroboration est devenue un type particulier de preuve [TRADUCTION] «qui confirme, sous un aspect important, non seulement la preuve que l’infraction a été commise, mais également que c’est l’accusé qui l’a commise». [TRADUCTION] «On ne peut guère commenter ce point sauf pour dire qu’il est lié au dilemme si courant en droit de la preuve entre des règles discrétionnaires appliquées de façon raisonnable et des règles strictes qui, tout en pouvant causer des difficultés à cause de leur rigueur, constituent un rempart contre l’incompétence ou le parti pris en faveur de la poursuite» (Heydon, ouvrage précité, à la p. 281).

Il y a au moins trois difficultés liées à la définition fournie par l’arrêt *Baskerville*. La première vient de ce qu’elle rend obscure et même confuse la justification de la mise en garde contre le témoignage d’un complice. Comme je l’ai déjà signalé, la justification de la mise en garde vient de ce que le complice peut être indigne de foi; nous cherchons donc à étayer son témoignage par d’autres éléments de preuve. Après l’arrêt *Baskerville*, les cours ont commencé à formuler la question en se demandant si la preuve corroborante correspondait à la définition donnée par lord Reading et sont passées à côté de la question véritable qui était de savoir s’il y avait des éléments de preuve qui appuyaient la crédibilité du complice. Il en est résulté qu’avec le temps la «corroboration» est devenue complètement étrangère à la question de la crédibilité du complice. En même temps, on considérait que des éléments de preuve qui étayaient la crédibilité n’avaient pas «en droit» l’effet d’une corroboration. La corroboration est devenue un terme technique en droit totalement dissocié de la justification première de la mise en garde contre le témoignage d’un complice.

La deuxième difficulté qui découle de l’arrêt *Baskerville* est liée à la première. Du moment que l’on affirme que la corroboration est un terme technique en droit, le droit relatif à ce sujet devient de plus en plus complexe et formaliste. Il est en

judge to define for the jury the legal meaning of corroboration. Moreover, the issue of whether there is any evidence which may be corroborative, according to that definition, becomes a matter of law. The trial judge must therefore examine the evidence to determine that question. The next step is to require the trial judge to specify for the jury those items of evidence which, in his opinion, may be corroborative. The reason advanced for this is explained by Laidlaw J.A. in *R. v. Kelso* (1953), 105 C.C.C. 305 (Ont. C.A.), at p. 308:

When the learned trial Judges [*sic*] decides as a matter of law that there is evidence of a corroborative character that can be accepted by a jury, he knows the evidence upon which he has made his decision. Why should he not assist the jury by directing their attention to the evidence and thus enable them to proceed in their deliberations in a properly-guided way? Having particular regard to that fact, why should the jury be left to search at large through the evidence to discover, if they can, that part or parts of it which is or are known to the learned trial Judge? The danger of their finding what they should not find and the peril arising from such an error of convicting an innocent person is so great that, in my opinion, it cannot be said that the accused has had a satisfactory or fair trial when the case is left to the jury in that way. If the learned trial Judge is silent as to the evidence which in his opinion is of a corroborative character, the accused and his counsel are in effect deprived of the right to object to the decision of the learned trial Judge on a point of law. Moreover, a convicted person and his counsel are left in doubt as to whether the jury properly applied the principles of law and accepted only that piece or those pieces of the evidence that might properly be regarded as corroboration. Thus, neither counsel nor this Court can say whether a verdict of guilty is good or bad in law.

Since the judge's instructions on this issue involve questions of law, numerous technical appeals are taken on the issue of whether a particular item of evidence is 'capable' of constituting corroboration. The body of case law is so complex that it has in turn produced a massive periodical literature (see bibliography in Wakeling, *Corroboration in Canadian Law* (1977), at pp. 149-51). Moreover, the cases are difficult to reconcile. The Law Reform Commission of Canada has described the case law in the area as full of "subtleties,

conséquence nécessaire que le juge du procès définit, à l'intention du jury, le sens de corroboration en droit. De plus, il devient une question de droit de déterminer s'il y a des éléments de preuve qui, selon la définition, sont susceptibles d'avoir l'effet d'une corroboration. Le juge du procès doit analyser la preuve pour régler cette question. La démarche suivante consiste à demander au juge du procès d'indiquer au jury les éléments de preuve qui, à son avis, peuvent avoir l'effet d'une corroboration. Le juge Laidlaw en explique le motif dans l'arrêt *R. v. Kelso* (1953), 105 C.C.C. 305 (C.A. Ont.) à la p. 308:

[TRADUCTION] Quand le juge du procès statue, à titre de question de droit, que la preuve contient des éléments corroborants que le jury peut considérer, il connaît les éléments de preuve sur lesquels il appuie sa décision. Pourquoi ne devrait-il pas aider le jury en attirant son attention sur ces éléments de preuve et lui permettre ainsi de tenir ses délibérations d'une façon éclairée? Compte tenu de ce fait, pourquoi laisser les jurés chercher dans toute la preuve et trouver, s'ils y arrivent, le ou les éléments qui sont connus du juge du procès? Le risque qu'ils se trompent et déclarent un innocent coupable est tel, à mon avis, qu'on ne peut dire que l'accusé a un procès équitable ou satisfaisant si le jury est laissé à lui-même de cette façon. Si le juge du procès n'indique pas quels éléments de preuve sont, à son avis, corroborants, l'accusé et son avocat se trouvent privés du droit de s'opposer à la décision du juge du procès sur un point de droit. En plus, la personne déclarée coupable et son avocat ne savent pas de façon certaine si le jury a bien appliqué les principes de droit et seulement accepté celui ou ceux des éléments de preuve qui pouvaient servir de corroboration. Ainsi, ni l'avocat, ni cette Cour ne peuvent dire avec certitude si le verdict de culpabilité est valide ou non en droit.

Puisque les directives du juge sur ce point portent sur des questions de droit, elles entraînent de nombreux appels formalistes fondés sur le point de savoir si tel élément précis de preuve est «susceptible» de constituer une corroboration. La jurisprudence est si complexe qu'elle a donné lieu à une abondance d'articles de doctrine (voir la bibliographie dans l'ouvrage de Wakeling *Corroboration in Canadian Law* (1977) aux pp. 149 à 151). De plus, les arrêts sont difficiles à concilier. La Commission de réforme du droit du Canada dit de la jurispru-

variations, inconsistencies, and great complexities” (Study Paper 11, *supra*, at p. 7). The result is that what was originally a simple, common sense proposition — an accomplice’s testimony should be viewed with caution — becomes transformed into a difficult and highly technical area of law. Whether this “enormous superstructure” (to use the description of the Law Reform Commission) has any meaningful relationship with the task performed by the jury is unknown.

The third and perhaps most serious difficulty associated with the *Baskerville* definition is that the definition itself seems unsound in principle. Prior to the judgment of Lord Reading, there had been controversy over whether corroborative evidence must implicate the accused, or whether it was sufficient if it simply strengthened the credibility of the accomplice. Lord Reading settled the controversy in favour of the former view.

With great respect, on principle Lord Reading’s approach seems perhaps over-cautious. The reason for requiring corroboration is that we believe the witness has good reason to lie. We therefore want some other piece of evidence which tends to convince us that he is telling the truth. Evidence which implicates the accused does indeed serve to accomplish that purpose but it cannot be said that this is the only sort of evidence which will accredit the accomplice. This is because, as Wigmore said, the matter of credibility is an entire thing, not a separable one:

... whatever restores our trust in him personally restores it as a whole; if we find that he is desiring and intending to tell a true story, we shall believe one part of his story as well as another; whenever, then, by any means, that trust is restored, our object is accomplished, and it cannot matter whether the efficient circumstance related to the accused’s identity or to any other matter. The important thing is, not *how* our trust is restored, but whether it *is* restored at all [Vol. VII, para. 2059, at p. 424].

The point can be illustrated with the following simple example. The accomplice, “A”, testifies against the accused “B” and “C”. There is evidence implicating “B” in the crime, but no evidence implicating “C”. Nevertheless, since the

dence sur le sujet qu’elle est d’une complexité inouïe et qu’elle abonde en subtilités et en incohérences (Étude n° 11, précitée, à la p. 8). Il en résulte que ce qui à l’origine était une proposition simple et conforme au bon sens — il faut se méfier du témoignage d’un complice — est devenu un domaine du droit difficile et extrêmement formaliste. Nul ne sait cependant si cet «édifice juridique» (selon l’expression utilisée par la Commission de réforme du droit) a un rapport réel avec la fonction remplie par le jury.

La troisième difficulté, et probablement la plus grave, liée à la définition de l’arrêt *Baskerville* tient à ce que la définition elle-même semble mal fondée en principe. Avant l’arrêt de lord Reading, la question de savoir si la preuve corroborante devait impliquer l’accusé ou s’il suffisait qu’elle renforce la crédibilité du complice faisait l’objet d’une controverse. Lord Reading y a mis fin en adoptant la première solution.

Avec égards, le point de vue de lord Reading semble en principe peut-être trop prudent. On exige la corroboration parce qu’on croit que le témoin a de bons motifs de mentir. On cherche donc d’autres éléments de preuve qui tendent à nous convaincre qu’il dit la vérité. Des éléments de preuve qui impliquent l’accusé servent effectivement à atteindre ce but, mais on ne peut pas dire que ce soit le seul genre de preuve qui puisse accorder du crédit au complice. Il en est ainsi parce que, comme le dit Wigmore, la crédibilité est une chose globale, non divisible:

[TRADUCTION] ... ce qui rétablit notre confiance en lui personnellement la rétablit complètement; si nous concluons qu’il veut dire la vérité, nous allons ajouter foi à l’ensemble de sa version des événements; chaque fois que par quelque moyen, notre confiance est rétablie, notre fin est atteinte et il importe peu que ce qui produit ce résultat ait un lien avec l’identité de l’accusé ou tout autre sujet. L’important, ce n’est pas *comment* notre confiance est rétablie mais qu’elle le *soit* [Vol. VII, par. 2059, à la p. 424].

L’exemple suivant peut facilement illustrer ce point. Un complice «A» dépose contre les accusés «B» et «C». Des éléments de preuve impliquent «B» dans le crime, mais aucun n’implique «C». Cependant comme la preuve complémentaire a trait à un

supporting evidence relates to a vital issue in the case (the guilt of one of the accused) it bolsters the credibility of "A" and increases the probability that he is telling the truth. We therefore believe his story and convict both "B" and "C".

Such a situation arose in *Murphy and Butt v. The Queen, supra*. The complainant alleged that she had been raped by the two appellants. Murphy admitted intercourse but alleged that it was with the complainant's consent, while Butt denied intercourse altogether. The principal issue was whether the complainant's distraught condition was corroboration of her testimony against Butt as well as against Murphy. The difficulty was that in and of itself, the hysterical condition merely tended to rebut the suggestion of intercourse with consent. This implicated the accused Murphy, who had admitted intercourse but alleged consent. But considered in isolation, the hysterical condition did not directly implicate the accused Butt, who denied intercourse altogether. How then, could the hysterical condition corroborate the complainant's testimony as against Butt?

The majority of the Court emphasized that what was required was confirmation of a material particular of the evidence of the complainant. Once such confirmation was supplied, her testimony was rendered credible as a whole. Mr. Justice Spence, speaking for the majority, put the matter in this way at p. 615:

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.

Mr. Justice Spence did not contend that the corroborative evidence implicated the accused Butt. Rather, in a carefully worded conclusion, Spence J. noted at p. 616 that the corroborative evidence confirmed the complainant's story implicating each of the accused:

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

aspect essentiel de l'affaire (la culpabilité d'un des accusés), elle augmente la crédibilité de «A» et la probabilité qu'il dise la vérité. En conséquence, nous ajoutons foi à sa déposition et déclarons «B» et «C» coupables.

Une situation analogue s'est présentée dans l'affaire *Murphy et Butt c. La Reine*, précitée. La plaignante affirmait que les deux accusés l'avaient violée. Murphy a admis avoir eu des rapports sexuels avec la victime, mais a soutenu que c'était avec le consentement de celle-ci, tandis que Butt a nié tous rapports sexuels. Il s'agissait de déterminer si l'état de désarroi de la victime corroborait son témoignage contre Butt aussi bien que contre Murphy. La difficulté tenait à ce qu'en soi, l'état d'hystérie de la victime ne tendait qu'à réfuter la prétention de rapports sexuels de plein gré. Cela impliquait l'accusé Murphy qui admettait avoir eu des rapports sexuels, mais prétendait que la victime y avait consenti. Mais, considéré seul, l'état d'hystérie de la victime ne mettait pas directement en cause l'accusé Butt qui niait même avoir eu des rapports sexuels. Comment alors l'état d'hystérie pouvait-il corroborer le témoignage de la victime à l'égard de Butt?

La Cour, à la majorité, a souligné que ce qu'il fallait, c'était une confirmation d'un élément important de la déposition de la plaignante. Une fois cette confirmation fournie, son témoignage entier devenait crédible. Le juge Spence, qui a rédigé les motifs de la majorité, s'exprime ainsi (à la p. 615):

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.

Le juge Spence n'affirme pas que la preuve corroborante implique l'accusé Butt. Le juge Spence souligne plutôt, dans une conclusion soigneusement formulée, que cette preuve confirme la version de la plaignante impliquant chacun des accusés (à la p. 616):

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 plai-

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. [Emphasis added.]

Mr. Justice Spence's approach was to look for evidence which confirmed the story of the complainant. Once the story was confirmed, the complainant could be believed and the accused convicted. Implicit in this approach, it seems to me, is a recognition of the inadequacy of the *Baskerville* definition of corroboration. Evidence implicating the accused is a possible but not a necessary element for corroboration. Here, even though there was no evidence implicating Butt, there was evidence confirming the story of the complainant and thus it was safe to convict. The important question, as Wigmore pointed out, is not how our trust is restored, but whether it is restored at all.

In my view, a return to the earlier common law approach, to the earlier "common sense" approach has already been foreshadowed in our law. In *Warkentin et al. v. The Queen, supra*, Mr. Justice de Grandpré spoke of corroboration in these terms, at p. 374:

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.

Later, he observed at p. 377:

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

gnante 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. [C'est moi qui souligne.]

La démarche du juge Spence a consisté à rechercher des éléments de preuve qui confirmaient la version de la plaignante. Une fois la version de la plaignante confirmée, on pouvait la croire et déclarer les accusés coupables. Selon moi, cette démarche reconnaît implicitement le caractère inadéquat de la définition de la corroboration donnée dans l'arrêt *Baskerville*. Une preuve qui implique l'accusé constitue un élément possible mais non essentiel de la corroboration. Dans cette affaire-là, aucun élément de preuve n'impliquait Butt, mais certains éléments confirmaient la version de la plaignante et, en conséquence, on pouvait sans danger rendre un verdict de culpabilité. La question importante, comme l'a souligné Wigmore, n'est pas de savoir comment notre confiance est rétablie mais qu'elle le soit.

A mon avis, on trouve déjà un présage du retour à la solution antérieure de la *common law*, à la solution de «bon sens» dans notre droit. Dans l'arrêt *Warkentin et autres c. La Reine*, précité, le juge de Grandpré dit à propos de la corroboration (à la p. 374):

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.

Plus loin, il souligne (à la p. 377):

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

House of Lords, namely *Director of Public Prosecutions v. Hester*, and *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*. 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. [Emphasis added.]

It is, I think, unfortunate that the word “corroboration” ever became part of the legal lexicon. It is not a word of common parlance. When explained to juries it is given a technical definition, the exact content of which is still a matter giving rise to difference of opinion among jurists. As Lord Diplock observed in *Director of Public Prosecutions v. Hester*, *supra*, at p. 1071, the ordinary sense in which the verb “corroborate” is used in the English language is the equivalent of “confirmed” and, at p. 1073:

What is looked for under the common law rule is confirmation from some other source that the suspect witness is telling the truth in some part of his story which goes to show that the accused committed the offence with which he is charged.

With respect, I would adopt also this further language of Lord Diplock, at p. 1075:

My Lords, to incorporate in the summing-up a general disquisition on the law of corroboration in the sort of language used by lawyers, may make the summing-up immune to appeal on a point of law, but it is calculated to confuse a jury of laymen and, if it does not pass so far over their heads that when they reach the jury room they simply rely on their native common sense, may, I believe, as respects the weight to be attached to evidence requiring corroboration, have the contrary effect to a sensible warning couched in ordinary language directed to the facts of the particular case.

I agree with Lord Diplock that the nature of the summing up upon the concept of corroboration and the respective functions of judge and jury is likely to be unintelligible to the ordinary layman.

décisions récentes de la Chambre des lords, à savoir *Director of Public Prosecutions v. Hester*, et *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*. 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. [C'est moi qui souligne.]

Il est dommage, à mon avis, que le mot «corroboration» soit entré dans le langage juridique. Ce n'est pas un terme d'usage courant. Quand on l'explique au jury, on lui donne un sens technique dont la portée exacte soulève encore beaucoup de divergences d'opinion chez les juristes. Comme lord Diplock le souligne dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Hester*, précité, à la p. 1071, le sens ordinaire qu'on donne au verbe «corroborate» (corroborer) en langue anglaise est équivalent à «confirm» (confirmer) et, à la p. 1073:

[TRADUCTION] Ce qu'on recherche, d'après la règle de *common law*, c'est la confirmation, à partir d'autres sources, que le témoin suspect dit la vérité quant à un aspect de sa version qui démontre que c'est l'accusé qui a commis l'infraction dont il est inculpé.

Avec égards, j'adopterais également l'extrait suivant des motifs de lord Diplock, à la p. 1075:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, inclure dans les directives une dissertation sur le droit relatif à la corroboration, selon la terminologie utilisée par les avocats, peut rendre les directives inattaquables en appel sur une question de droit, mais cela vise à embrouiller un jury composé de gens ordinaires; si, quand ils entrent dans la salle de délibérations, elle n'a pas dépassé leur entendement au point qu'ils s'en remettent simplement au bon sens ordinaire, je crois que cette dissertation peut, quant à l'importance à attacher aux témoignages qui appellent une corroboration, avoir l'effet inverse d'une mise en garde exprimée en termes courants et appliquée à la situation précise du cas de l'espèce.

Je suis bien de l'avis de lord Diplock que le genre de directives sur la notion de corroboration et sur les rôles respectifs du juge et du jury sont probablement incompréhensibles aux gens ordinaires.



In *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, *supra*, Lord Hailsham of St. Marylebone L.C. spoke in like vein, at p. 447:

I agree with the opinions expressed in this House in *Director of Public Prosecutions v. Hester* that it is wrong for a judge to confuse the jury with a general if a learned disquisition on the law. His summing-up should be tailor-made to suit the circumstances of the particular case. The word 'corroboration' is not a technical term of art, but a dictionary word bearing its ordinary meaning; since it is slightly unusual in common speech the actual word need not be used, and in fact it may be better not to use it. Where it is used it needs to be explained.

As did Lord Reid at p. 456:

There is nothing technical in the idea of corroboration. When in the ordinary affairs of life one is doubtful whether or not to believe a particular statement one naturally looks to see whether it fits in with other statements or circumstances relating the particular matter; the better it fits in the more one is inclined to believe it. The doubted statement is corroborated to a greater or lesser extent by the other statements or circumstances with which it fits in.

These words of Lord Reid were repeated with approval by Lord Hailsham in *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.).

This Court has in the past declared its willingness to depart from its own prior decisions as well as decisions of the Privy Council and the House of Lords (*Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 43). The present case is an appropriate occasion to exercise this discretion. The law of corroboration is unduly and unnecessarily complex and technical.

I would hold that there is no special category for "accomplices". An accomplice is to be treated like any other witness testifying at a criminal trial and the judge's conduct, if he chooses to give his opinion, is governed by the general rules.

Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Kilbourne*, précité, le lord chancelier Hailsham of St. Marylebone dit sensiblement la même chose, à la p. 447:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Je souscris à l'avis exprimé par cette Chambre dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Hester*, selon lequel il ne faut pas que le juge embrouille le jury par une dissertation générale, même savante, sur le droit. Ses directives doivent s'adapter aux circonstances du cas particulier. Le mot «corroboration» n'est pas un terme technique, mais un mot du dictionnaire qui a son sens usuel. Comme le mot n'est pas d'usage très courant, il n'est pas essentiel de l'utiliser et il est même préférable de ne pas l'utiliser. Si on le fait, il faut l'expliquer.

De même que lord Reid, à la p. 456:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Il n'y a rien de technique dans le concept de corroboration. Dans la vie de tous les jours, si quelqu'un se demande s'il doit ajouter foi à une affirmation, il cherche à savoir si elle concorde avec d'autres déclarations ou circonstances se rapportant à la même affaire; plus elle concorde plus on est porté à y ajouter foi. Les autres déclarations ou circonstances qui concordent corroborent dans une plus ou moins grande mesure l'affirmation mise en doute.

Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), lord Hailsham reprend et approuve l'énoncé de lord Reid.

<sup>g</sup> Cette Cour a déjà indiqué qu'elle était prête à s'écarter de ses propres décisions antérieures et de celles du Conseil privé et de la Chambre des lords. (*Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *A.V.G. Management Science Ltd c. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43). Le présent pourvoi constitue une occasion appropriée d'exercer ce pouvoir discrétionnaire. Le droit relatif à la corroboration est inutilement et indûment complexe et formaliste.

<sup>j</sup> Je suis d'avis de décider qu'il n'y a pas de catégorie spéciale réservée aux «complices». Il faut considérer le complice comme n'importe quel autre témoin qui dépose à un procès criminel et si le juge choisit de donner son avis, les règles générales régiront sa conduite.

I would only like to add one or two observations concerning the proper practice to be followed in the trial court where as a matter of common sense something in the nature of confirmatory evidence should be found before the finder of fact relies upon the evidence of a witness whose testimony occupies a central position in the purported demonstration of guilt and yet may be suspect by reason of the witness being an accomplice or complainant or of disreputable character. There are great advantages to be gained by simplifying the instruction to juries on the question as to when a prudent juror will seek some confirmation of the story of such a witness, before concluding that the story is true and adopting it in the process of finding guilt in the accused as charged. It does not, however, always follow that the presiding justice may always simply turn the jury loose upon the evidence without any assisting analysis as to whether or not a prudent finder of fact can find confirmation somewhere in the mass of evidence of the evidence of a witness. Because of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness. There is no magic in the word corroboration, or indeed in any other comparable expression such as confirmation and support. The idea implied in those words may, however, in an appropriate case, be effectively and efficiently transmitted to the mind of the trier of fact. This may entail some illustration from the evidence of the particular case of the type of evidence, documentary or testimonial, which might be drawn upon by the juror in confirmation of the witness' testimony or some important part thereof. I do not wish to be taken as saying that such illustration must be carried to exhaustion. However, there is, in some circumstances, particularly in lengthy trials, the need for helpful direction on the question of sifting the evidence where guilt or innocence might, and probably will turn on the acceptance or rejection, belief or disbelief, of the

J'aimerais ajouter seulement une ou deux observations au sujet de la pratique à suivre au procès lorsque le bon sens requiert que le juge des faits dispose d'éléments de nature à confirmer un témoignage avant de se fonder sur celui-ci si le témoin, qui joue un rôle clé dans la preuve de culpabilité, peut être sujet à caution parce qu'il est soit un complice, soit la victime ou qu'il ait mauvaise réputation. Il y a de grands avantages à simplifier les directives au jury sur les circonstances où un juré prudent doit exiger une certaine confirmation de la version du témoin avant de conclure que cette version est véridique et de s'y fier pour déclarer l'accusé coupable de l'accusation portée. Il n'en découle cependant pas toujours que le juge qui préside le procès puisse, en toutes circonstances, laisser le jury complètement à lui-même, quant à la preuve, sans l'aider à déterminer si un juge des faits prudent peut trouver confirmation quelque part dans l'ensemble des preuves apportées par la déposition d'un témoin. A cause de l'infinie variété des circonstances qui se présentent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions. Ni le mot corroboration ni aucun autre terme semblable, tels les mots confirmation ou appui, n'est magique. On peut, au besoin, transmettre efficacement au juge des faits l'idée que connotent ces mots. Le processus peut exiger des exemples, tirés de la preuve de l'affaire en cause, qui illustrent le type de preuve, documentaire ou testimoniale, dans laquelle le jury peut trouver une confirmation de la déposition du témoin ou d'une partie importante de celle-ci. Je ne veux pas dire qu'il faut donner tous les exemples possibles. Cependant, il arrive parfois, surtout dans les très longs procès, qu'il soit nécessaire d'aider le jury, par des directives, à passer la preuve au crible si la déclaration de culpabilité ou l'acquittement peuvent dépendre et dépendront tout probablement de l'acceptation ou du rejet de la déposition d'un ou de plusieurs témoins ou encore du fait d'y ajouter

evidence of one or more witnesses. All of this applies equally in the case of an accomplice, or a disreputable witness of demonstrated moral lack, as for example a witness with a record of perjury. All this takes one back to the beginning and that is the search for the impossible: a rule which embodies and codifies common sense in the realm of the process of determining guilt or innocence of an accused on the basis of a record which includes evidence from potentially unreliable sources such as an accomplice.

I would point out that my comments have been limited to situations in which corroboration is required as a matter of common law. The *Criminal Code* specifies a number of instances in which corroboration is required, and defines the nature of the corroboration which must be supplied. (See, for example, ss. 139 and 195). The statutory requirements would, of course, be controlling in cases coming under any of those sections.

## II

I return to the facts of the present case. In light of my earlier comments, it would have been sufficient for the trial judge simply to have instructed the jury that they should view the testimony of Langvand with great caution, and that it would be wise to look for other supporting evidence before convicting the appellants. However, since the trial judge outlined for the jury items of evidence he considered capable of corroborating Langvand's testimony, it is necessary to examine this evidence to ensure that the appellants were not prejudiced by the instruction. The question that must be kept in mind is: does this supporting evidence strengthen our belief that Langvand is telling the truth?

The answer to this question can only be in the affirmative. Langvand had testified as to a trip to Hong Kong in 1975 for the purpose of purchasing and importing heroin. The supporting evidence strongly implicated the accused in illegal drug trafficking. As Mr. Justice Seaton noted in the Court below, the supporting evidence against Gaja would, considered alone, have been sufficient to

foi ou de ne point la croire. Tout cela s'applique aussi bien au cas du complice qu'à celui du témoin de mauvaise réputation dont l'absence de moralité est notoire, par exemple, un témoin déjà condamné pour parjure. Tout cela nous ramène au point de départ, à la poursuite de l'impossible: trouver une règle qui incorpore et codifie le bon sens en regard d'un processus qui consiste à déterminer la culpabilité ou l'innocence d'un accusé d'après un dossier qui comporte des témoignages de sources qui peuvent être douteuses comme le témoignage d'un complice.

Je voudrais souligner que mes commentaires se limitent aux situations où la corroboration est requise en vertu de la *common law*. Le *Code criminel* prescrit un certain nombre de cas où la corroboration est obligatoire et il définit la nature de la corroboration à fournir. (Voir, par exemple, les art. 139 et 195.) Les prescriptions législatives prévalent, cela va de soi, dans les affaires jugées en vertu de ces articles.

## II

Je reviens aux faits de l'espèce. A la lumière des commentaires qui précèdent, il aurait suffi que le juge du procès dise simplement aux jurés qu'ils devaient considérer le témoignage de Langvand avec beaucoup de précautions et qu'il serait prudent de chercher d'autres éléments de preuve complémentaire avant de déclarer les appelants coupables. Mais puisque le juge du procès a souligné au jury les éléments de preuve qu'il estimait susceptibles de corroborer le témoignage de Langvand, il devient nécessaire d'étudier ces éléments pour vérifier si les directives n'ont pas causé de tort aux appelants. La question qu'il faut avoir présente à l'esprit est la suivante: cette preuve complémentaire renforce-t-elle notre conviction que Langvand dit la vérité?

La réponse à cette question ne peut être qu'affirmative. Langvand a parlé dans son témoignage d'un voyage effectué en 1975 à Hong Kong dans le but d'acheter et importer de l'héroïne. La preuve complémentaire implique directement l'accusé dans un trafic illégal de drogue. Comme le fait remarquer le juge Seaton en Cour d'appel, la preuve complémentaire contre Gaja aurait suffi, à

support his conviction on the charge. As for the appellant Vetrovec, the material found in his apartment all pointed to his participation in illegal drug trafficking (see the evidence on this point of Sgt. Domansky, at trial). The items of evidence were, to use the phrase of Mr. Justice Seaton, "badges of membership in this conspiracy". All of this incriminating evidence, when considered together, strongly strengthens the belief that Langvand was telling the truth regarding the participation of Vetrovec and Gaja. It rebuts any suggestion that he is falsely implicating innocent individuals. The fact that this supporting evidence does not directly relate to the other overt acts testified to by Langvand is irrelevant. The evidence is capable of inducing a rational belief that Langvand is telling the truth and is for that reason corroborative. It seems to me that the point was covered in *R. v. Bullyment* (1979), 46 C.C.C. (2d) 429 (Ont. C.A.), and in my view that case was correctly decided.

In the result, the instructions by the trial judge did not prejudice the appellants. The appeals should be dismissed.

*Appeals dismissed.*

*Solicitors for the appellant Vetrovec: Oliver, Waldock, Richardson, Vancouver.*

*Solicitor for the appellant Gaja: Robert J. Allan, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: L. Harris McDonald, Vancouver.*

elle seule, à justifier sa déclaration de culpabilité. Quant à l'appelant Vetrovec, les objets trouvés dans son appartement ont tous un rapport avec sa participation à un trafic illégal de drogue. (Voir le témoignage du sergent Domansky sur ce point, au procès). Les éléments de preuve constituent selon les mots du juge Seaton [TRADUCTION] «sa carte de membre du complot». Toute cette preuve incriminante, prise dans son ensemble, renforce grandement la conviction que Langvand dit la vérité à propos de la participation de Vetrovec et de Gaja au complot. La preuve écarte tout doute que Langvand puisse impliquer faussement des innocents. L'absence de rapport direct entre la preuve complémentaire et les actes manifestes au sujet desquels Langvand a témoigné est sans importance. La preuve est susceptible de faire naître une conviction logique que Langvand dit la vérité et pour ce motif elle constitue une corroboration. Je crois que l'arrêt *R. v. Bullyment* (1979), 46 C.C.C. (2d) 429 (C.A. Ont.) porte sur ce point et, selon moi, c'est un arrêt bien fondé.

En conséquence, les directives données par le juge du procès n'ont pas causé de préjudice aux appelants. Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

*Pourvois rejetés.*

*Procureurs de l'appelant Vetrovec: Oliver, Waldock, Richardson, Vancouver.*

*Procureur de l'appelant Gaja: Robert J. Allan, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: L. Harris McDonald, Vancouver.*

**Jack Reginald Mahoney** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 15988.

1981: November 30; 1982: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Appeal — Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Question of law alone — Court of Appeal found errors by trial judge — Appeal dismissed for want of substantial wrong or miscarriage of justice — Whether application of this proviso a question of law alone — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(b)(iii), 618.*

Appellant was convicted of first degree murder before a judge and jury. The Court of Appeal found several errors of law in the trial, but dismissed the appeal applying the proviso in s. 613(1)(b)(iii), that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred. The principal question raised in this appeal relates to the power of this Court to review the application of that proviso by a provincial court of appeal, and turns on whether the application of the proviso in the facts of this case raised a point of law.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and McIntyre J.: The application of the proviso in s. 613(1)(b)(iii) always involves a question of law and it is reviewable in this Court on appeal under s. 618 of the *Code*. The proviso may be applied only following a legal determination that errors were made at the trial, that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, and then only if the verdict of the jury would necessarily have been the same had the errors not been made. The Court of Appeal must give substance to the concept of "miscarriage of justice"; this involves a legal determination.

The errors made at trial lose their significance in the face of the conclusion that the jury would have reached the same result and convicted the accused even if those errors had not been made.

**Jack Reginald Mahoney** *Appelant*;

et

**a Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 15988.

1981: 30 novembre; 1982: 31 mai.

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

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

*Appel — Compétence — Cour suprême du Canada — Question de droit seulement — Erreurs du juge du procès constatées par la Cour d'appel — Rejet de l'appel parce qu'il n'y a eu ni tort important ni erreur judiciaire grave — L'application de cette disposition est-elle une pure question de droit? — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 613(1)(b)(iii), 618.*

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré par un juge et un jury. La Cour d'appel a constaté plusieurs erreurs de droit survenues au procès, mais a rejeté l'appel par application du sous-al. 613(1)(b)(iii), parce qu'il n'y a eu ni tort important ni erreur judiciaire grave. La question principale que soulève le présent pourvoi a trait à la compétence de cette Cour de réviser l'application de la disposition par la cour d'appel d'une province et dépend de savoir si l'application de la disposition aux faits de l'espèce soulève une question de droit.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Laskin et le juge McIntyre: L'application de la disposition du sous-al. 613(1)(b)(iii) comporte toujours une question de droit et est révisable en cette Cour lors d'un pourvoi interjeté en application de l'art. 618 du *Code*. La disposition ne peut être appliquée que lorsqu'il est décidé en droit que des erreurs ont été commises au procès, mais qu'aucun tort important ou qu'aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit et alors seulement si le verdict du jury aurait nécessairement été le même si ces erreurs ne s'étaient pas produites. La Cour d'appel doit concrétiser la notion d'«erreur judiciaire» et cela comporte une décision sur un point de droit.

Les erreurs commises au procès perdent leur importance devant la conclusion que le jury serait arrivé au même résultat et aurait déclaré l'accusé coupable même si les erreurs n'avaient pas été commises.

*Per Martland, Beetz and Chouinard JJ.:* The appeal should be dismissed.

*Per Ritchie and Estey JJ.:* The appeal should be dismissed for the reasons given by McIntyre J. With reference to *McFall v. The Queen*, it was noted that the majority assumed a jurisdiction in the Court to examine the propriety in law of the invocation of s. 613 by the Court of Appeal.

*Per Dickson and Lamer JJ.:* This Court has defined s. 613(1)(b)(iii) into a question of law by requiring that courts of appeal before applying the proviso in that section first make a finding that no jury properly charged could reasonably acquit—a finding very much a decision of law.

*Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115; *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438; *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881, considered; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Makin v. Attorney General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633; *Stein v. The King*, [1928] S.C.R. 553; *Brown v. The Queen*, [1962] S.C.R. 371; *R. v. Décary*, [1942] S.C.R. 80; *Rozon v. The King*, [1951] S.C.R. 248; *Pearson v. The Queen*, [1959] S.C.R. 369; *R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1979), 50 C.C.C. (2d) 380, 11 C.R. (3d) 64, dismissing an appeal from a judgment of Van Camp J. Appeal dismissed.

*Brian H. Greenspan and C. Jane Arnup*, for the appellant.

*David Watt*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and McIntyre J. was delivered by

MCINTYRE J.—The principal question raised in this appeal relates to the power of this Court to review the application of the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* by a provincial court of appeal. The appellant was convicted of the first degree murder of one Rosalee Wrona before Madam Justice Van Camp and a jury. The Court of Appeal found several errors of law in the trial, but applied the proviso to dismiss the appeal.

*Les juges Martland, Beetz et Chouinard:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges Ritchie et Estey:* Il y a lieu de rejeter le pourvoi pour les motifs exprimés par le juge McIntyre. Quant à l'arrêt *McFall c. La Reine*, il faut signaler que la majorité a présumé que la Cour avait compétence pour examiner la pertinence en droit du recours par la Cour d'appel à l'art. 613.

*Les juges Dickson et Lamer:* Cette Cour a fait de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) une question de droit en posant comme condition que les cours d'appel concluent, avant de l'appliquer, qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement prononcer l'acquiescement; cette conclusion est essentiellement une conclusion sur une question de droit.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Lizotte c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 115; *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321; *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739; *Schmidt c. Le Roi*, [1945] R.C.S. 438; *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881; arrêts mentionnés: *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Makin v. Attorney General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Brooks c. Le Roi*, [1927] R.C.S. 633; *Stein c. Le Roi*, [1928] R.C.S. 553; *Brown c. La Reine*, [1962] R.C.S. 371; *R. c. Décary*, [1942] R.C.S. 80; *Rozon c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 248; *Pearson c. La Reine*, [1959] R.C.S. 369; *R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1979), 50 C.C.C. (2d) 380, 11 C.R. (3d) 64, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Van Camp. Pourvoi rejeté.

*Brian H. Greenspan et C. Jane Arnup*, pour l'appellant.

*David Watt*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et du juge McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—La question principale que soulève le présent pourvoi a trait au pouvoir que possède cette Cour de réviser l'application de la disposition du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* par une cour d'appel provinciale. L'appellant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré d'une nommée Rosalee Wrona, à son procès devant M<sup>me</sup> le juge Van Camp et un jury. La Cour d'appel a constaté plusieurs erreurs de droit surve-

The appellant appeals to this Court by leave.

The appellant was released from Millhaven Penitentiary on mandatory supervision on March 23, 1977. He went directly to Kitchener where he, his former wife and her (then) husband did some drinking leading to a fight between the two men. Later in the day in a hotel where he had been drinking he became involved in another fight in which he received a blow to the head resulting in profuse bleeding. He left Kitchener and arrived in London about 5:00 p.m. on March 24, 1977. He went to the home of the deceased Wrona, a friend of some years' standing, where he found her with her two infant children, a male baby-sitter and a woman friend. He remained in this company for some hours. The atmosphere was friendly; they drank some rum that he had brought with him and in due course he left and found another woman friend. Later the same evening he returned to the deceased's home to retrieve the bottle of rum. She was absent and he stayed for about ten minutes. On the morning of March 25, according to his version of events, the appellant went to another friend's home and remained there until 5:30 or 6:00 p.m. when he returned to the deceased's home to pick up some belongings that he had left there. The same group was present as upon his first visit. He remained for about one hour and a half. Again there was no evidence of discord.

At about 2:00 a.m. on March 26 the deceased returned to her home with a few friends. There was some drinking and, according to the evidence of the baby-sitter, when the friends left he went to sleep on one couch in the living room and the deceased went to sleep on the other couch.

At about 6:30 a.m. on March 26, a man arrived at the home of the deceased and broke the door and window at the front of the house with an axe, forcing his way in. The deceased left the house and went into the back yard followed by the intruder. He attacked her, striking several blows with the axe, killing her almost instantly, and then left the scene. The deceased's body was found by the

nues au procès, mais a appliqué la disposition pour rejeter l'appel. L'appellant se pourvoit en cette Cour avec l'autorisation de cette dernière.

L'appellant a été libéré du pénitencier de Millhaven, sous surveillance obligatoire, le 23 mars 1977. Il s'est rendu directement à Kitchener où lui-même, son ex-épouse et le mari de celle-ci ont pris quelques verres, ce qui devait aboutir à une bagarre entre les deux hommes. Plus tard le même jour, dans un hôtel où il prenait un verre, l'appellant s'est trouvé mêlé à une autre rixe au cours de laquelle il a reçu un coup à la tête qui lui a causé une hémorragie abondante. Il a quitté Kitchener et est arrivé à London vers 17 h le 24 mars 1977. Il s'est rendu au domicile de la victime Wrona, une amie de longue date, qu'il a trouvée en compagnie de ses deux enfants, d'une de ses amies et d'un gardien d'enfants. L'appellant a passé quelques heures avec eux. L'atmosphère était cordiale; ils ont bu du rhum que l'appellant avait apporté et, en temps utile, il est parti et a rencontré une autre amie. Plus tard dans la même soirée, l'appellant est revenu au domicile de la victime pour reprendre la bouteille de rhum. La victime était absente et l'appellant est demeuré à la maison une dizaine de minutes. Au cours de la matinée du 25 mars, selon sa version des faits, l'appellant est allé chez une autre amie où il est resté jusqu'à 17 h 30 ou 18 h. C'est alors qu'il est retourné chez la victime pour récupérer certains effets personnels qu'il y avait laissés. Il y avait là les mêmes personnes que lors de sa première visite. Il est resté à cet endroit pendant environ une heure et demie. Aucune preuve de discorde là non plus.

Vers 2 h le 26 mars, la victime est revenue chez elle avec quelques amis. On a alors pris quelques verres et, selon la déposition du gardien d'enfants, lorsque les amis sont partis il s'est endormi sur un divan du salon et la victime s'est endormie sur l'autre divan.

Vers 6 h 30 le 26 mars, un homme est arrivé au domicile de la victime et a pénétré chez elle en enfonçant la porte et la fenêtre de la façade de la maison avec une hache. La victime est sortie de la maison et est allée dans la cour arrière suivie de l'intrus. Il l'a attaquée et frappée de plusieurs coups de hache, la tuant presque instantanément, puis il a quitté les lieux. La police a découvert le

police in the back yard and the axe was discovered nearby. The intruder was identified as the appellant by two witnesses, the baby-sitter and the deceased's seven year old son. The baby-sitter testified that the deceased got up from the couch on which she had been sleeping when the intruder broke in and mentioned Jack's name, saying something like "Jack, what are you doing?" or "No Jack." The seven year old child said that he had come from his bedroom into the living room after being awakened by the noise of the break-in. He watched the appellant crash through the front door and heard him say he was Jack. He then put some clothes on and went to the back door from which he saw Jack hitting his mother with the axe and swearing at her and heard her say: "Please don't hurt me Jack." The police investigation confirmed the fact of the break-in and expert evidence disclosed that samples of glass and paint, taken from the door broken in the entry, matched samples found on the axe and on the clothing of the appellant, which was examined after his arrest later that day.

The appellant gave evidence on his own behalf. He said that after leaving the deceased's residence between 6:30 and 7:00 p.m. on March 25, 1977 he went to the home of a woman friend for about half an hour. He then visited various hotels, drinking beer at each establishment. He did not see anyone he knew at these hotels and could not say how much beer he had consumed. Finally, he began to look for a place where he could break in and procure some money. He walked into an apartment building about 1:00 a.m. and encountered a man in the hallway. He said, to explain his presence, that he was being pursued and had come into the apartment building to hide. The man he spoke to, the Crown witness Weedmark, agreed to allow him to spend the night in his apartment. The appellant described how the two men watched television, listened to the radio and had a beer in the course of the next two hours. The appellant at one point asked Weedmark if he could lend him a gun, or lend him money in order to buy one. He also asked him to cut his hair but Weedmark declined. There was some discussion about switching clothes but this did not occur. The appellant

corps de la victime dans la cour arrière et la hache, tout près de là. Deux témoins, le gardien d'enfants et le fils de la victime âgé de sept ans, ont identifié l'appelant comme étant l'intrus. Le gardien d'enfants a témoigné que la victime s'est levée du divan sur lequel elle dormait au moment où l'intrus a enfoncé la porte et qu'elle a prononcé le nom de Jack en disant quelque chose comme [TRADUCTION] «Jack, qu'est-ce que tu fais?» ou [TRADUCTION] «Non Jack.» L'enfant de sept ans a dit qu'il s'était rendu de sa chambre au salon après avoir été éveillé par le bruit de l'effraction. Il a vu l'appelant enfoncer la porte avant et l'a entendu dire que c'était Jack. Il s'est alors habillé et s'est rendu à la porte arrière, d'où il a vu Jack frapper sa mère à coups de hache et l'injurier; celle-ci a dit: [TRADUCTION] «De grâce, ne me blesse pas, Jack.» L'enquête de la police a confirmé l'effraction et des témoignages d'experts ont révélé que des fragments de verre et de peinture, prélevés sur la porte d'entrée enfoncée, correspondaient à ceux trouvés sur la hache et sur les vêtements de l'appelant qui ont été examinés après son arrestation plus tard le même jour.

L'appelant a témoigné pour sa propre défense. Il a affirmé qu'après avoir quitté le logis de la victime entre 18 h 30 et 19 h le 25 mars 1977, il s'est rendu chez une amie et il y est resté environ une demi-heure. Il s'est alors rendu dans plusieurs hôtels et il a consommé de la bière à chaque endroit. Il n'a rencontré personne qu'il connaissait à ces hôtels et n'a pu dire quelle quantité de bière il avait consommée. Enfin, il a entrepris de chercher un endroit où il pourrait s'introduire par effraction et se procurer de l'argent. Vers une heure du matin, il est entré dans un immeuble d'appartements et a croisé quelqu'un dans le corridor. Pour expliquer sa présence, il a affirmé qu'il était poursuivi et qu'il était entré dans l'immeuble pour se cacher. L'homme qu'il avait abordé, un nommé Weedmark qui a témoigné pour la poursuite, a consenti à ce que l'appelant passe la nuit à son appartement. L'appelant a relaté qu'ils ont tous les deux regardé la télévision, écouté la radio et pris une bière au cours des deux heures qui ont suivi. A un moment donné, l'appelant a demandé à Weedmark s'il pouvait lui prêter une arme à feu ou de l'argent pour s'en acheter une. L'appelant a



shaved off his beard and his mustache and went to sleep. He left the apartment between 6:20 a.m. and 6:30 a.m. the morning of March 26. He said that upon leaving the apartment he wandered about the neighbourhood in search of a store where he could buy cigarettes. At one point he found a variety store which was closed, but he sat on some concrete steps in front of it and waited for a time in the hope that it would open. He searched further and found a store which was open where he bought some cigarettes. The existence of stores in the vicinity which could fit the description given by the appellant, and the fact that one would have been open at the time referred to was confirmed by the evidence of their owners. The appellant then, according to his evidence, wandered aimlessly through the streets of London for the remainder of the day. While sitting in a park area across the street from a garage, he heard a radio announcement, presumably from a radio in one of the cars, to the effect that Rose Wrona was dead. He was arrested by the police at 9:00 p.m. He denied being at the deceased's home on March 26 and denied any involvement whatever in her death. He claimed that he had no reason to kill her and, indeed, no reason or motive was ever shown.

Certain statements made by the appellant to the police were admitted in evidence. He denied the killing, denied possession of an axe, and explained some comments which would indicate a knowledge of the death of the deceased before the fact was mentioned to him by the police by the radio announcement that he had overheard. As far as the movements of the accused after 1:00 a.m. on March 26 are concerned, his version is supported by the evidence of Weedmark up to his departure from Weedmark's apartment between about 6:20 and 6:30 a.m. Thereafter his version is without support from other evidence, except for the location of the two stores he said he visited and the time and place of his arrest by the police.

a aussi demandé à Weedmark de lui couper les cheveux, mais ce dernier a refusé. Ils ont aussi parlé de la possibilité de changer de vêtements, mais ne l'ont pas fait. L'appelant s'est coupé la barbe et la moustache et est allé se coucher. Il a quitté l'appartement entre 6 h 20 et 6 h 30 le matin du 26 mars. Il a affirmé qu'après avoir quitté l'appartement, il a erré dans le voisinage à la recherche d'un magasin où il pourrait s'acheter des cigarettes. A un moment donné, il a aperçu un bazar qui était fermé, mais il s'est assis sur les marches de béton à l'entrée de ce dernier et a attendu un certain temps dans l'espoir qu'il ouvrirait ses portes. Il a continué à chercher et il a trouvé un magasin ouvert où il a acheté des cigarettes. L'existence, dans le voisinage, de magasins qui correspondent à la description donnée par l'appelant et le fait que l'un deux était ouvert au moment en question ont été confirmés par le témoignage de leurs propriétaires. Selon son témoignage, l'appelant aurait alors erré sans but dans les rues de London pendant le reste de la journée. Alors qu'il était assis dans un parc, en face d'un garage, il a entendu à la radio, probablement en provenance de l'appareil d'une des voitures, la nouvelle que Rose Wrona était décédée. La police l'a arrêté à 21 h. Il a nié s'être rendu chez la victime le 26 mars et a affirmé n'avoir rien à voir avec le décès de cette dernière. Il a prétendu qu'il n'avait aucun motif de la tuer et, en fait, on n'a jamais fait état d'un mobile ou d'un motif.

g Certaines déclarations de l'appelant à la police ont été reçues en preuve. Il a nié avoir commis le meurtre, avoir été en possession d'une hache et il a expliqué certaines observations qui indiqueraient qu'il était au courant du décès de la victime avant de l'apprendre de la police par la nouvelle qu'il avait entendue à la radio. Le témoignage de Weedmark confirme la version de l'accusé quant à ses allées et venues depuis 1 h, le 26 mars, jusqu'à son départ de l'appartement de Weedmark entre 6 h 20 et 6 h 30. Par la suite, la version de l'accusé n'est corroborée par aucun autre témoignage sauf en ce qui concerne l'emplacement des deux magasins où l'accusé a affirmé s'être présenté, de même que le moment et le lieu de son arrestation par la police.

In the Court of Appeal Brooke J.A., for the Court, reviewed the facts in some detail and then proceeded to consider the submissions of the appellant. He found that there had been error on the part of the trial judge in her directions to the jury on the matter of the appellant's defence of alibi. She had said to the jury:

In considering the weight to be given to that alibi evidence you may take into account that he did not tell the police at the earliest possible opportunity he was somewhere else when the offence is alleged to have been committed so they would have an opportunity of checking that alibi. He is not obliged to disclose his alibi at the earliest possible moment to the authorities. But in considering the truthfulness of the story told by him at trial you may, if you see fit, take his delay in telling the law where he had been into account. In other words, you may, if you think it proper, use the delay in disclosing the alibi in weighing the evidence given about the alibi. I am not talking about his failure to give that evidence at the preliminary enquiry because the police did have the evidence that he was at Weedmark's house from Weedmark himself. But when the accused man was in the police station and was being asked and was being charged with this murder there is no evidence to disclose that he then knew Weedmark had told them he had been at the apartment.

Brooke J.A. concluded that the jury might well have assumed that the delay of the appellant in telling the police of his encounter with Weedmark could be considered in assessing the truth of the alibi evidence. He expressed the view, as well, that it was improper to mention the failure of the appellant to give evidence of his alibi at the preliminary hearing.

In addition, error was found in the instructions given the jury regarding the inference which could be drawn from an alleged fabrication of an alibi. The trial judge had said:

Mere disbelief or rejection of the alibi after careful consideration by you of the evidence does not by itself justify a conviction. You may, if you do not believe the evidence of the accused that he was not there, disregard his evidence and then you must consider all the other evidence including the other evidence of identification to determine if the Crown has proven beyond a reasonable doubt the guilt of the accused.

En Cour d'appel, le juge Brooke a, au nom de la Cour, procédé à un examen quelque peu détaillé des faits et ensuite analysé les prétentions de l'appelant. Il a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury à propos de l'alibi présenté par l'appelant. M<sup>me</sup> le juge avait dit au jury:

[TRADUCTION] Pour déterminer la valeur probante de la preuve d'alibi, vous pouvez tenir compte de ce qu'il n'a pas dit aux policiers, dès la première occasion qui s'est présentée, qu'il était ailleurs au moment où le crime aurait été commis, de manière à leur donner la possibilité de vérifier cet alibi. Il n'est pas tenu de révéler son alibi aux autorités à la première occasion qui se présente. Mais pour déterminer la véracité de la version qu'il a lui-même présentée au procès, vous pouvez tenir compte, si vous le jugez à propos, de son retard à divulguer aux autorités d'où il arrivait. En d'autres termes, si vous le jugez approprié, vous pouvez tenir compte du retard à révéler l'alibi dans votre appréciation de la preuve concernant l'alibi. Je ne parle pas de son omission de soumettre cette preuve à l'enquête préliminaire puisque la police avait la preuve qu'il était chez Weedmark d'après le témoignage de Weedmark lui-même. Mais rien dans la preuve n'indique que l'accusé savait au moment où, au poste de police, il était interrogé et accusé de ce meurtre, que Weedmark leur avait déjà dit qu'il se trouvait à l'appartement.

Le juge Brooke a conclu que le jury pouvait bien avoir présumé qu'il pouvait tenir compte du retard de l'appelant à révéler à la police sa rencontre avec Weedmark pour évaluer la véracité de la preuve d'alibi. Il a aussi exprimé l'avis qu'il était inopportun de mentionner l'omission de l'appelant de donner une preuve de son alibi à l'enquête préliminaire.

De plus, on a jugé qu'il y a eu erreur dans les directives données au jury à propos de la conclusion à tirer d'une prétendue fabrication d'alibi. Le juge du procès avait affirmé:

[TRADUCTION] Le simple refus de croire ou d'accepter l'alibi après un examen attentif de la preuve ne justifie pas en soi un verdict de culpabilité. Si vous ne croyez pas la déposition de l'accusé selon laquelle il n'était pas sur les lieux, vous pouvez ignorer son témoignage mais alors vous devez tenir compte de tous les autres éléments de preuve, notamment ceux relatifs à l'identification, pour déterminer si la poursuite a prouvé la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

Now I am going to say almost the reverse. If on the other hand you are satisfied beyond a reasonable doubt that he was present at the home of the deceased that morning then it is logical that you must also be satisfied that he has deliberately lied when he denies that fact and you would then be entitled to infer from the lie that you would find a consciousness of guilt.

Brooke J.A. said that while an inference of consciousness of guilt could be drawn from proof of the fabrication of a false alibi, such an inference was not open where, as in the case at bar, the jury on weighing the alibi evidence simply rejected it. For this proposition he relied on *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424, where Martin J.A. dealt with this question.

Brooke J.A. found, as well, that the trial judge instructed the jury on the defence of drunkenness only in relation to the issue of the appellant's capacity to form the intent to make an unlawful killing murder, and did not instruct the jury on its application to the question of planning and deliberation required for proof of first degree murder. This error was conceded by the Crown.

Finally, Brooke J.A. found that there had been error on the part of the trial judge in directing the jury regarding the words alleged to have been spoken by the deceased moments before her death when the intruder broke into her house by the front door. The words included the use of the appellant's name, 'Jack', and could have been taken as evidence of recognition upon her part and, therefore, evidence identifying the appellant as her attacker. The trial judge had told the jury that if they found that she had spoken the words, they could consider the evidence only as corroborative of the evidence of the other identification witnesses, the baby-sitter and the deceased's son. Brooke J.A. considered that Van Camp J. should have told the jury that if they believed that the deceased had made the statement, it was evidence that they must consider together with other evidence as to the identification of the intruder in deciding whether the Crown had proved that it was the appellant. He then said:

Maintenant, je vais dire presque le contraire. Si, par contre, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il était chez la victime ce matin-là, alors il est logique que vous deviez aussi être convaincus qu'il a menti délibérément en niant ce fait et il vous serait alors permis de conclure du mensonge que vous constateriez à un sentiment de culpabilité.

Le juge Brooke a dit que, même si la preuve de la fabrication d'alibi pouvait permettre de conclure à un sentiment de culpabilité, il n'était pas possible de tirer une telle conclusion lorsque, comme en l'espèce, le jury a simplement rejeté la preuve d'alibi après l'avoir évaluée. A l'appui de cette affirmation, il a invoqué l'arrêt *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424, où le juge Martin a étudié cette question.

Le juge Brooke a également conclu que le juge du procès a donné au jury des directives sur l'ivresse, comme moyen de défense, à l'égard seulement de la question de la capacité de l'appelant de former l'intention de commettre un meurtre et qu'il n'a pas donné de directives au jury quant à son application à la question de la préméditation nécessaire à la preuve d'un meurtre au premier degré. La poursuite a reconnu cette erreur.

Enfin, le juge Brooke a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans les directives données au jury à propos des paroles que la victime aurait prononcées quelques instants avant de mourir, lorsque l'intrus a pénétré chez elle en enfonçant la porte avant. Les paroles comportaient l'emploi du nom de l'appelant, «Jack», et pourraient s'interpréter comme la preuve que la victime l'a reconnu et, en conséquence, comme une preuve d'identification de l'appelant comme étant son assaillant. Le juge du procès a dit au jurés que s'ils concluaient qu'elle avait prononcé ces paroles, ils pouvaient considérer cette preuve uniquement comme une corroboration de la déposition des autres témoins en matière d'identification, savoir le gardien d'enfants et le fils de la victime. Le juge Brooke a conclu que M<sup>me</sup> le juge Van Camp aurait dû dire au jurés que s'ils croyaient que la victime avait prononcé ces paroles, celles-ci constituaient un élément de preuve dont ils devaient tenir compte en plus de tous les autres éléments de preuve relatifs à l'identification de l'intrus afin de déterminer si la poursuite a prouvé qu'il s'agissait de l'appelant. Puis, il a ajouté:

The errors above referred to in another setting might well be fatal to the conviction but here the learned trial judge has fully canvassed all of the facts and the theory of both the Crown and the defence. In my opinion she made the issues upon which they must pass clear to the jury and of importance, emphasized that the burden was upon the Crown to prove this man's guilt beyond a reasonable doubt.

He had said earlier:

In my opinion the appeal must be dismissed. While there were errors made by the learned trial judge in her charge to the jury, I think that regarded either individually or together, that there has been no substantial wrong or miscarriage of justice and so it is an appropriate case to apply s. 613(1)(b)(iii). The Crown has met the onus upon it to satisfy this Court that the verdict would necessarily have been the same if these errors had not occurred.

The appellant in his appeal to this Court asserts five grounds of appeal. The first four refer to the errors discussed by Brooke J.A., which have been summarized earlier. The fifth, which is the most significant, alleges error in law upon the part of the Court of Appeal in applying the proviso. It is apparent at once that before the appellant can succeed in this appeal he must succeed upon this point, since the other four grounds were decided in his favour in the Court of Appeal. The appellant recognizes that, under the provisions of s. 618 of the *Criminal Code*, the jurisdiction of this Court to entertain his appeal depends upon his raising a question of law. He asserts that he has done so on this appeal and puts his proposition in these words in his factum:

It is respectfully submitted that in light of the grave misdirection by the Trial Judge as found by the Court of Appeal by [*sic*] the Province of Ontario, it was error in law to hold that a properly instructed jury must inevitably have convicted the Appellant. In the alternative, it is submitted that if the individual errors were not sufficiently serious to render inappropriate the application of Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, the accumulative effect of the errors was such as to make it error in law to then apply the proviso. It is respectfully submitted that the effect of the errors in this case

[TRADUCTION] Dans d'autres circonstances, les erreurs mentionnées ci-dessus auraient bien pu entraîner l'annulation de la déclaration de culpabilité, mais le savant juge du procès a complètement analysé tous les faits et les prétentions tant de la poursuite que de la défense. A mon avis, elle a expliqué clairement au jury les questions qu'il devait examiner et, surtout, elle a insisté sur le fait qu'il revient à la poursuite de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

Il avait dit précédemment:

[TRADUCTION] A mon avis, il faut rejeter l'appel. Même si le savant juge du procès a commis des erreurs dans ses directives au jury, je crois que, si on les considère individuellement ou dans leur ensemble, il n'y a eu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave et qu'il y a donc lieu d'appliquer en l'espèce le sous-al. 613(1)(b)(iii). La poursuite a rempli l'obligation qui lui incombait de convaincre cette cour que le verdict aurait nécessairement été le même si ces erreurs n'avaient pas été commises.

Dans son pourvoi à cette Cour, l'appellant invoque cinq moyens d'appel. Les quatre premiers moyens ont trait aux erreurs examinées par le juge Brooke et dont j'ai déjà fait le résumé. Le cinquième moyen, le plus important, porte que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en appliquant la disposition. Il appert tout de suite qu'avant de pouvoir avoir gain de cause dans le présent pourvoi, l'appellant doit avoir gain de cause sur ce moyen puisque la Cour d'appel a fait droit aux quatre autres. L'appellant reconnaît qu'en vertu des dispositions de l'art. 618 du *Code criminel*, cette Cour ne peut entendre son pourvoi que s'il soulève une question de droit. Il affirme l'avoir fait dans le présent pourvoi et il formule son argument comme ceci dans son mémoire:

[TRADUCTION] L'appellant soumet respectueusement que compte tenu des erreurs graves que la Cour d'appel de la province de l'Ontario a constatées dans les directives du juge du procès, c'est une erreur de droit de conclure qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait forcément déclaré coupable l'appellant. L'appellant soumet, à titre subsidiaire, que si chacune des erreurs n'était pas suffisamment grave en soi pour écarter l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, l'effet cumulatif des erreurs était de nature à faire de l'application de cette disposition une erreur de

undermine the credibility of the Appellant and further had the effect of improperly diminishing the frailties of certain critical evidence adduced against the Appellant.

And later:

It is respectfully submitted that a mis-application by the Court of Appeal of a province of the provisions of s. 613(1)(b)(iii) (hereinafter referred to as 'the proviso'), raises a question of law alone.

It is acknowledged that in *Dunlop and Sylvester v. The Queen* (1979), 47 C.C.C. (2d) 93, [[1979] 2 S.C.R. 881], five members of the Supreme Court of Canada appear to be of the view that the application of the proviso did not raise a question of law. It is respectfully submitted that this view, which is expressed without reliance upon any authority, is inconsistent with a substantial line of cases in which the Supreme Court of Canada has implicitly held it had jurisdiction to deal with errors in the application of the proviso and further, it is respectfully submitted that this view is directly contrary to the decision of this Honourable Court in *Lizotte v. The King* . . .

It is evident from the above that the appellant is asserting that the application of the proviso *simpliciter* raises a question of law within the meaning of s. 618 of the *Code*. It follows, if this argument be adopted, that this Court would in all cases where the proviso is applied have jurisdiction to grant leave to appeal and to review the application of the proviso and reverse the Court of Appeal on this issue where it thought it proper to do so. In support of this contention the appellant relies heavily on *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115 and the dissenting judgment of Estey J. in *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321, together with the various authorities reviewed by Estey J. in that case.

While contending that the application of the proviso *simpliciter* raises no point of law, the Crown does not say that the application of the proviso can never involve a point of law. In argument Crown counsel made it clear that the Crown's position was not that advanced by Crown counsel in *Lizotte's* case. He was referring to the

droit. Il soumet respectueusement que les erreurs commises en l'espèce ont pour effet de miner la crédibilité de l'appelant et, en outre, de masquer les faiblesses de certains éléments décisifs de la preuve présentée contre l'appelant.

Et plus loin:

[TRADUCTION] L'appelant soumet respectueusement que l'application erronée des dispositions du sous-al. 613(1)b(iii) (ci-après appelé «la disposition»), par la cour d'appel d'une province soulève une question de droit seulement.

L'appelant reconnaît que, dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine* (1979), 47 C.C.C. (2d) 93, [[1979] 2 R.C.S. 881], cinq membres de la Cour suprême du Canada semblent considérer que l'application de la disposition ne soulève pas une question de droit. L'appelant soumet respectueusement que ce point de vue, qui est exprimé sans s'appuyer sur aucune jurisprudence, est incompatible avec une série importante d'arrêts dans lesquels la Cour suprême du Canada a implicitement conclu qu'elle avait compétence pour connaître des erreurs commises dans l'application de la disposition. De plus, l'appelant soumet respectueusement que ce point de vue va directement à l'encontre de l'arrêt de cette Cour *Lizotte c. Le Roi* . . .

Il ressort clairement de ce qui précède que l'appelant soutient qu'en soi l'application de la disposition soulève une question de droit au sens de l'art. 618 du *Code*. Il s'ensuit, si on adopte cet argument, que la Cour aurait, dans tous les cas où la disposition est appliquée, compétence pour accorder l'autorisation de se pourvoir, pour réviser l'application de cette disposition et infirmer l'arrêt de la cour d'appel sur ce point lorsqu'elle le juge à propos. A l'appui de cette affirmation, l'appelant invoque principalement l'arrêt *Lizotte c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 115 et les motifs de dissidence du juge Estey dans l'arrêt *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321, de même que la jurisprudence examinée par le juge Estey dans ce dernier arrêt.

Tout en soutenant qu'en soi l'application de la disposition ne soulève aucune question de droit, la poursuite n'affirme pas que son application ne peut jamais soulever une question de droit. Dans sa plaidoirie, le substitut du procureur général a indiqué clairement que la position de la poursuite ne correspond pas à celle de la poursuite dans l'affaire

passage in the *Lizotte* report, at pp. 133-34, which reads:

One further argument requires consideration. At the conclusion of his able argument Mr. Dorion submitted that the jurisdiction of this court in criminal matters being limited to questions of law and the court appealed from having held that notwithstanding certain errors in law at the trial there was no substantial wrong or miscarriage of justice and that the appeal should be dismissed under the provisions of section 1014(2) [the predecessor section to 613(1)(b)(iii)] of the *Criminal Code*, such decision cannot be reviewed in this court. It is argued that in reaching the decision to apply section 1014(2) the Court of Appeal must of necessity have examined and weighed the evidence and that consequently such decision is one of fact or of mixed fact and law and, therefore, not subject to review in this court. It is urged that the appeal must be dismissed even if this court should be of opinion that any or all of the points of law argued before us are well taken.

The Crown's position was set out in its factum in these terms:

3. It is at once admitted that there may arise cases, of which the instant case is not an example, where the application or non-application of the proviso may raise a question of law in the strict sense, as for example where the provincial appellate court:

- (a) applies an incorrect test to determine the application of section 613(1)(b)(iii), as for example,
  - (i) by interpreting the section to the exclusion of the word 'substantial' modifying the type of wrong which may negate application of the proviso,
  - (ii) by interpreting the section to be the equivalent of '... the verdict might necessarily have been the same but for the error of law in question';
- (b) holds that whenever a particular error of law arises at trial it is inappropriate to apply the proviso;
- (c) holds that the cumulative effect of multiple errors of law does not affect the application of the proviso; or,
- (d) considers extraneous matters or omits to consider relevant factors in the application or non-application of the proviso such that the court proceeds upon an erroneous principle.

*Lizotte*. Il faisait allusion au passage des motifs de l'arrêt *Lizotte*, aux pp. 133 et 134, qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] Il reste à étudier un dernier argument. En terminant son habile plaidoirie, M<sup>e</sup> Dorion a soutenu que vu qu'en matière criminelle cette Cour n'a compétence que sur des questions de droit et que la Cour d'appel avait décidé que malgré certaines erreurs de droit au procès il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave de sorte qu'on devait rejeter l'appel en vertu des dispositions du par. 1014(2) [maintenant le sous-al. 613(1)(b)(iii)] du *Code criminel*, cette Cour ne pouvait réviser cette décision. On prétend que pour arriver à la décision d'appliquer le par. 1014(2), la Cour d'appel a nécessairement dû étudier et peser la preuve et que, par conséquent, il s'agit d'une décision sur une question de fait ou sur une question mixte de fait et de droit et elle ne fait donc pas l'objet des pouvoirs de révision de cette Cour. On fait valoir que le pourvoi doit être rejeté même si cette Cour est d'avis qu'un des points de droit plaidés devant elle est bien fondé ou qu'ils le sont tous.

La poursuite décrit sa position dans son mémoire de la façon suivante:

[TRADUCTION] 3. Nous admettons d'emblée qu'il peut se présenter des cas, dont le présent cas n'est pas une illustration, où l'application ou la non-application de la disposition peut soulever une question de droit au sens strict, par exemple lorsque la cour d'appel provinciale:

- a) applique un mauvais critère pour décider de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii), par exemple,
  - (i) en interprétant le sous-alinéa sans tenir compte du mot «important» qui modifie le genre de tort qui peut empêcher la disposition de s'appliquer,
  - (ii) en interprétant le sous-alinéa comme s'il signifiait «... le verdict aurait pu être nécessairement le même si l'erreur de droit en question n'avait pas été commise»;
- b) conclut que chaque fois qu'une erreur de droit particulière est commise au procès, il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition;
- c) conclut que l'effet cumulatif de plusieurs erreurs de droit n'influe aucunement sur l'application de la disposition; ou
- d) tient compte de questions étrangères à l'espèce ou ne tient pas compte de facteurs pertinents dans l'application ou la non-application de la disposition de sorte que la cour commet une erreur de principe.

The Crown contends that no such error in law or principle has been shown in the case at bar. The Court of Appeal, having found errors in the trial process, considered the significance of the errors and then applied the correct test, that is, that the verdict of the jury would necessarily have been the same even if the errors had not been made. It considered no extraneous or irrelevant factors and acted on no improper principle in applying the proviso. There was therefore no error in law which would give the Court jurisdiction to entertain the appeal and it should be dismissed. In the alternative the Crown has argued that if the Court should consider that a point of law has been raised by the application of the proviso, its application on the facts in this case was proper and the appeal should be dismissed.

The question then is, does the application of the proviso in s. 613 of the *Code* in the facts of this case raise a point of law? The answer to this question requires a consideration of the relevant parts of s. 613, which are set out hereunder:

**613.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)

(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

La poursuite soutient que l'on n'a pas démontré l'existence, en l'espèce, d'une telle erreur de droit ou de principe. Après avoir constaté des erreurs commises à l'étape du procès, la Cour d'appel a examiné la gravité de ces erreurs et a ensuite appliqué le critère approprié, c'est-à-dire celui portant que le verdict du jury aurait nécessairement été le même si les erreurs n'avaient pas été commises. Elle n'a tenu compte d'aucun facteur étranger ou non pertinent et ne s'est fondée sur aucun principe erroné en appliquant la disposition. En conséquence, il n'y a pas d'erreur de droit qui donne à cette Cour le pouvoir d'entendre le pourvoi et ce dernier doit être rejeté. A titre subsidiaire, la poursuite soutient que si cette Cour arrive à la conclusion que l'application de la disposition soulève un point de droit, son application aux faits de l'espèce est juste et le pourvoi doit être rejeté.

La question est donc celle-ci: l'application de la disposition que comporte l'art. 613 du *Code* aux faits de l'espèce soulève-t-elle une question de droit? La réponse à cette question exige une analyse des dispositions pertinentes de l'art. 613, qui se lisent comme suit:

**613.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appellant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

i b) peut rejeter l'appel, si

(iii) bien que la cour estime que, pour tout motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

It will be observed at once that the Court of Appeal is not given a free and unrestricted discretion in this matter, such as is conferred in allowing appeals by subsections (a)(i) and (a)(iii) of s. 613(1). The discretion found in s. 613(1)(b)(iii) may be exercised only where the court has found that on a ground or grounds involving a wrong decision on a point of law the appeal might have succeeded and has then formed the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. In addition to the provisions of the section a body of case law has grown up which further restricts the exercise of the discretion. It is settled law that a court of appeal may not apply the proviso unless it is satisfied that, even if the errors in law found by the Court of Appeal to have been made at the trial had not been made, the verdict of the jury would necessarily have been the same. There are numerous cases of high authority which have enunciated this proposition. In *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, Cartwright J., speaking for himself and Hall J., said at p. 744:

Upon reading these it will be observed that, once error in law has been found to have occurred at the trial, the onus resting upon the Crown is to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred. The satisfaction of this onus is a condition precedent to the right of the Appellate Court to apply the terms of the subsection at all. The Court is not bound to apply the subsection merely because this onus is discharged.

In the same case Spence J. reviewed many authorities on the question and said, at p. 756:

If there is any possibility that twelve reasonable men, properly charged, would have a reasonable doubt as to the guilt of the accused, then this Court should not apply the provisions of [s. 592(1)(b)(iii)] [the proviso] to affirm a conviction.

In *Lizotte v. The King*, *supra*, at pp. 137-38, Cartwright J., speaking for this Court, noted the words of Kerwin J. in *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438, in these terms:

I have no difficulty in reaching the conclusion that this is not a case in which it can be said that no

On constate immédiatement que la cour d'appel n'a pas, en la matière, de pouvoir discrétionnaire absolu comme celui d'admettre des appels qui lui est conféré par les sous-al. a)(i) et a)(iii) du par. 613(1). Le pouvoir discrétionnaire conféré par le sous-al. 613(1)(b)(iii) peut être exercé seulement si la cour a conclu que l'appel aurait pu être accueilli pour un seul ou plusieurs motifs comportant une décision erronée sur un point de droit et si elle alors est d'avis qu'aucun tort important ou aucune judiciaire grave ne s'est produit. En plus des dispositions de l'article, il s'est formé une jurisprudence qui limite davantage l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Il est bien établi qu'une cour d'appel ne peut appliquer la disposition à moins d'être convaincue que, même si les erreurs de droit qu'elle a constatées n'avaient pas été commises au procès, le verdict du jury aurait nécessairement été le même. De nombreux arrêts qui font autorité énoncent ce principe. Dans l'arrêt *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Hall, affirme à la p. 744:

[TRADUCTION] A la lecture de ces précédents, il faut observer qu'une fois que l'on a jugé qu'il y a eu erreur de droit au procès, il incombe à la poursuite d'établir à la satisfaction de la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite. Cette preuve est une condition préalable de toute application des dispositions de ce sous-alinéa par la Cour d'appel. La Cour n'est pas tenue de l'appliquer du seul fait que cette obligation se trouve satisfaite.

Dans le même arrêt, après avoir analysé un bon nombre de précédents sur la question, le juge Spence dit à la p. 756:

[TRADUCTION] S'il y a la moindre possibilité que douze hommes raisonnables, ayant reçu des directives appropriées, aient un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé, alors cette Cour ne doit pas appliquer le sous-al. 592(1)(b)(iii) [la disposition] pour confirmer la déclaration de culpabilité.

Dans l'arrêt *Lizotte c. Le Roi*, précité, aux pp. 137 et 138, le juge Cartwright, qui s'exprime au nom de cette Cour, souligne les propos du juge Kerwin dans l'arrêt *Schmidt c. Le Roi*, [1945] R.C.S. 438, comme suit:

[TRADUCTION] Je n'hésite pas à conclure qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où l'on peut dire que



substantial wrong or miscarriage of justice has occurred by reason of the errors in law made at the trial which have been pointed out above. The test to be applied is found in the words of Kerwin J., giving the judgment of the court in *Schmidt v. The King* (*supra*).

... The meaning of these words has been considered in this Court in several cases, one of which is *Gouin v. The King* (1926) S.C.R. 539; from all of which it is clear that the onus rests on the Crown to satisfy the Court that the verdict would necessarily have been the same if the charge had been correct or if no evidence had been improperly admitted. The principles therein set forth do not differ from the rules set forth in a recent decision of the House of Lords in *Stirland v. Director of Public Prosecutions* (1944) A.C. 315, i.e., that the proviso that the Court of Appeal may dismiss the appeal if they consider that no substantial miscarriage of justice has actually occurred in convicting the accused assumes a situation where a reasonable jury, after being properly directed, would, on the evidence properly admissible, without doubt convict.

There are many other authorities going back as far as *Makin v. Attorney General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, which support this proposition. The test for the application of the proviso is established beyond doubt.

It is against this background that one must consider the proviso and its application. It is abundantly clear, in my view, that the discretion involved in its application is narrowly limited by statute to cases where the court of appeal has found an error or errors of law at trial, and its exercise depends upon the application of the strict legal test affirmed in the authorities and firmly imbedded in the law.

In examining this question I commence with *Lizotte v. The King*, *supra*. In that case Cartwright J. clearly held that this Court once error has been found in the trial proceedings is unfettered by the views expressed in the Court of Appeal in deciding what order should be made. At pages 134-35 he dealt with the matter in these terms:

It is argued that in reaching the decision to apply section 1014(2) the Court of Appeal must of necessity have examined and weighed the evidence and that conse-

les erreurs de droit commises au procès et soulignées plus haut n'ont produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. Le critère à appliquer se trouve dans l'énoncé du juge Kerwin, qui a prononcé les motifs de la Cour dans l'arrêt *Schmidt c. Le Roi* (précité).

... Cette Cour a analysé le sens de ces mots à plusieurs reprises, notamment dans l'arrêt *Gouin c. Le Roi* (1926) R.C.S. 539. Il ressort clairement de ces arrêts qu'il incombe à la poursuite de convaincre la Cour que le verdict aurait nécessairement été le même si les directives avaient été correctes ou si aucun élément de preuve n'avait été accepté irrégulièrement. Les principes qui y sont énoncés ne sont pas différents des règles énoncées dans un arrêt récent de la Chambre des lords, *Stirland v. Director of Public Prosecutions* (1944) A.C. 315, c.-à-d. que la disposition selon laquelle la cour d'appel peut rejeter un appel, si elle estime qu'aucune erreur judiciaire grave n'a été commise en déclarant coupable l'accusé, présuppose qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, aurait, d'après la preuve régulièrement recevable, sans nul doute prononcé un verdict de culpabilité.

De nombreux autres précédents qui remontent jusqu'à l'arrêt *Makin v. Attorney General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, appuient cette thèse. Le critère d'application de la disposition est établi de façon certaine.

C'est dans ce contexte qu'il faut analyser la disposition et son application. Il est tout à fait évident, à mon sens, que le pouvoir discrétionnaire que comporte son application est strictement limité par le *Code* aux cas où la cour d'appel constate une seule ou plusieurs erreurs de droit dans le procès, et l'exercice de ce pouvoir dépend de l'application du critère juridique strict qui est confirmé par la jurisprudence et qui est bien établi dans le droit.

J'examinerai cette question en commençant par l'arrêt *Lizotte c. Le Roi*, précité. Dans cet arrêt, le juge Cartwright a nettement conclu que dès qu'elle constate une erreur dans le procès, cette Cour n'est pas liée, dans sa décision quant à l'ordonnance à rendre, par les opinions exprimées en Cour d'appel. Aux pages 134 et 135, il aborde cette question en ces termes:

[TRADUCTION] On prétend que pour arriver à la décision d'appliquer le par. 1014(2), la Cour d'appel a nécessairement dû étudier et peser la preuve et que, par

quently such decision is one of fact or of mixed fact and law and, therefore, not subject to review in this court. It is urged that the appeal must be dismissed even if this court should be of opinion that any or all of the points of law argued before us are well taken.

I do not think that this argument is entitled to prevail. In the case at bar it might perhaps be disposed of by pointing out that in my opinion there were serious errors in matters of law at the trial which the Court of Appeal did not regard as being errors at all; but even had the Court of Appeal found the existence of all the errors in law which in my view did occur and nonetheless dismissed the appeal pursuant to section 1014(2), I do not think that this court would be without jurisdiction.

After noting that counsel could not refer to any case where this argument had been raised and observing that, if adopted, this Court would be unable to review the application of the proviso, even if it were of the opinion that grave error had occurred at trial, he discussed the basis of this Court's jurisdiction in the matter, and said:

In my view it is the duty of this court, in the first instance, to examine the point or points of law properly brought before it either under (i) [then s. 1023] or (ii) [then s. 1025] above or, as may sometimes happen, under both (i) and (ii). If the court comes to the conclusion that there has been no error in law it follows that the appeal will be dismissed. If, on the other hand, this court is of opinion that there has been error in law in regard to any one or more of the points properly before it, then I think, there devolves upon it the duty, in disposing of the appeal, to "make such rule or order thereon, either in affirmance of the conviction or for granting a new trial, or otherwise, or for granting or refusing such application, as the justice of the case requires." (section 1024).

In my opinion once this court reaches the conclusion, on one or more of the points properly before it, that there has been error in law below it is unfettered in deciding what order should be made by the views expressed in the Court of Appeal. This would be my view if the point were devoid of authority. It is I think supported by the practice followed for many years.

In support of the view that he had expressed he went on to refer to earlier authorities: *Brooks v.*

conséquent, il s'agit d'une décision sur une question de fait ou sur une question mixte de fait et de droit et elle ne fait donc pas l'objet des pouvoirs de révision de cette Cour. On fait valoir que le pourvoi doit être rejeté même si cette Cour est d'avis qu'un des points de droit plaidés devant elle est bien fondé ou qu'ils le sont tous.

Je ne crois pas que cet argument doit être retenu. Dans la présente affaire on pourrait peut-être le rejeter en soulignant qu'à mon avis il y a eu au procès des erreurs graves sur des questions de droit que la Cour d'appel n'a pas considérées comme des erreurs; mais même si la Cour d'appel avait constaté l'existence de toutes les erreurs de droit qui, à mon avis, se sont produites et avait néanmoins rejeté l'appel en vertu du par. 1014(2), je ne crois pas que cette Cour serait incapable d'intervenir.

Après avoir souligné que les avocats n'ont pu citer aucun arrêt où cet argument a été soulevé et avoir fait remarquer que, si on l'adoptait, cette Cour serait incapable de réviser l'application de la disposition même si elle était d'avis qu'il y a eu erreur grave au procès, il étudie le fondement de la compétence de cette Cour en la matière et dit:

[TRADUCTION] A mon avis, il incombe d'abord à cette Cour d'examiner le ou les points de droit dont elle est dûment saisie en vertu du sous-al. (i) [alors l'art. 1023] ou du sous-al. (ii) [alors l'art. 1025] ci-dessus ou, comme il peut arriver parfois, en vertu de ces deux sous-alinéas à la fois. Si la Cour arrive à la conclusion qu'il n'y a pas eu d'erreur de droit, il s'ensuit que le pourvoi sera rejeté. Si, d'autre part, cette Cour est d'avis qu'il y a eu erreur de droit à l'égard d'un seul ou de plusieurs des points dont elle est dûment saisie, alors je crois qu'il lui incombe, en statuant sur le pourvoi, d'établir à cet égard la règle ou [de] rend[re] l'ordonnance qui lui semble juste, soit aux fins de confirmer la déclaration de culpabilité ou d'accorder un nouveau procès, ou autrement, soit aux fins d'accueillir ou de refuser cette demande. (article 1024).

A mon avis, dès que cette Cour arrive à la conclusion, sur un seul ou plusieurs des points dont elle est dûment saisie, que la cour d'appel a commis une erreur de droit, elle n'est pas liée, dans sa décision quant à l'ordonnance à rendre, par les opinions exprimées en cour d'appel. Ce serait là mon avis s'il n'y avait point de jurisprudence sur la question. Je crois qu'il est étayé par la pratique adoptée depuis plusieurs années.

Pour étayer le point de vue qu'il avait exprimé, il a alors cité des arrêts antérieurs: *Brooks c. Le Roi*,

*The King*, [1927] S.C.R. 633 and *Stein v. The King*, [1928] S.C.R. 553.

Applying those words to the case before us, which turns on statutory provisions that are virtually identical to those in effect when *Lizotte* was decided, the role of this Court is clear. Errors in law are raised as grounds for appeal before this Court. The Court is entitled to consider whether the alleged errors exist. If it is found they do not exist, the appeal must fail. If, however, the Court considers that errors as alleged, or some of them, have been made, it is free to make such order as the justice of the matter may require, including an order applying the proviso or refusing its application, unfettered in this position by any disposition made in the Court of Appeal.

This view of the law was questioned in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881. In that case the two accused were convicted of rape. In the Court of Appeal of Manitoba it was found that the trial judge was in error in directing the jury that the accused could be convicted as party to the offence by the application of s. 21(2) of the *Criminal Code*. The majority in the Court of Appeal applied the proviso to dismiss the appeal, while the minority dissented on this point. In this Court the appeal was allowed by a majority on the basis of the error made in charging the jury under s. 21(2) of the *Code* and the Court declined to apply the proviso. Five members of the Court, three who dissented from the result and two who accepted the result, considered that a disagreement in the Court of Appeal on the application of the proviso did not raise a dissent on a point of law. It should be noted, however, that no authority was cited for this proposition and it does not appear that the *Lizotte* case was mentioned. It is my view, with deference to those who expressed the view that no question of law was raised by the application of the proviso, that these statements cannot override the clear pronouncement of the Court in *Lizotte* and I agree with the words of Estey J. in *McFall*, *supra*, where he noted that these words formed no part of the *ratio decidendi* in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, *supra*.

[1927] R.C.S. 633 et *Stein c. Le Roi*, [1928] R.C.S. 553.

Si l'on applique ces mots à l'espèce, qui dépend de dispositions législatives presque identiques à celles qui étaient en vigueur à l'époque de l'arrêt *Lizotte*, le rôle de la Cour est clair. Des erreurs de droit sont soulevées comme moyens d'appel en cette Cour. La Cour est habilitée à déterminer si les erreurs alléguées existent. Si elle conclut qu'elles n'existent pas, le pourvoi doit être rejeté. Toutefois si cette Cour estime que les erreurs alléguées ou, certaines d'entre elles, ont été commises, il lui est loisible de rendre l'ordonnance qui lui semble juste, notamment une ordonnance qui applique la disposition ou qui en refuse l'application, sans être aucunement liée par l'arrêt rendu en Cour d'appel.

Cette conception du droit a été mise en doute dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881. Dans cette affaire, les deux accusés ont été déclarés coupables de viol. La Cour d'appel du Manitoba a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en indiquant au jury que l'accusé pouvait être déclaré coupable comme partie à l'infraction en vertu du par. 21(2) du *Code criminel*. La Cour d'appel a, à la majorité, appliqué la disposition et rejeté l'appel, tandis que les juges formant la minorité ont exprimé leur dissidence sur ce point. Cette Cour a accueilli le pourvoi, à la majorité, en raison de l'erreur commise dans les directives données au jury quant au par. 21(2) du *Code* et elle a refusé d'appliquer la disposition. Cinq membres de la Cour, c'est-à-dire trois des dissidents quant à l'issue et deux de ceux qui participaient à la majorité, ont exprimé l'avis qu'une divergence d'opinions en cour d'appel concernant l'application de la disposition ne constitue pas une dissidence sur un point de droit. Il faut souligner cependant que l'on n'a pas cité de jurisprudence à l'appui de cette thèse et il ne semble pas que l'arrêt *Lizotte* a été mentionné. Je suis d'avis, avec égards pour ceux qui ont affirmé que la disposition ne soulève aucune question de droit, que ces affirmations ne peuvent l'emporter sur l'avis clairement exprimé par cette Cour dans l'arrêt *Lizotte* et je souscris à l'opinion du juge Estey dans l'arrêt *McFall*, précité, où il souligne que ces mots ne font pas partie de la *ratio decidendi* dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, précité.

The matter came up for further consideration in *McFall v. The Queen, supra*. In that case the appellant McFall was convicted of non-capital murder. His appeal was dismissed in the Court of Appeal with one dissent. All the members of the Court of Appeal agreed that errors had been made at trial, but the majority, Freedman C.J.M., Guy, Monnin and Matas J.J.A., applied the proviso to dismiss the appeal, while O'Sullivan J.A. dissented and declined to do so.

There were twelve grounds of dissent certified to this Court, but the significant ones were the first three which are set out below:

1. The learned trial judge erred in inviting the jury to compare and contrast the confessions of the appellant with the confessions of his co-accused, to test the validity of the confessions of the appellant.
2. The learned trial judge erred in inviting the jury to consider the statements of the appellant's co-accused, which were inadmissible as against the appellant, in considering the credibility of the appellant.
3. The learned trial judge erred in permitting the appellant to be asked during his cross-examination, to comment on the veracity of his co-accused in connection with their confessions and to comment on the veracity of other witnesses.

The appeal to this Court was dismissed, the majority, Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte J.J., concurring in the judgment of Ritchie J., which is set out in full hereunder:

I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Estey, but I am nevertheless not persuaded that this appeal should be allowed. Having regard to the overwhelming evidence implicating the appellant in the murder of which he was convicted, the Court of Appeal was satisfied that this was a case in which, in spite of the errors of the trial judge referred to in the judgments below, there was no "substantial wrong or miscarriage of justice" and the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* were properly applicable. In my view there was no error in law in the judgment, rendered on behalf of the Court of Appeal for Manitoba by Chief Justice Freedman, with which Guy, Monnin and Matas J.J. agreed.

I would accordingly dismiss this appeal.

The minority, Laskin C.J., Spence and Estey J.J., would have allowed the appeal and directed a

La même question a été réétudiée dans l'arrêt *McFall c. La Reine*, précité. Dans cette affaire, l'appelant McFall avait été déclaré coupable de meurtre non qualifié. La Cour d'appel a rejeté son appel avec une dissidence. Tous les juges de la Cour d'appel ont convenu que des erreurs avaient été commises au procès, mais la majorité, composée du juge en chef Freedman et des juges Guy, Monnin et Matas, a appliqué la disposition et rejeté l'appel tandis que le juge O'Sullivan, dissident, ne l'aurait pas fait.

Douze motifs de dissidence ont été exposés à cette Cour mais les plus importants sont les trois premiers que voici:

- [TRADUCTION] 1. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à comparer et à mettre en opposition les aveux de l'appelant et ceux de ses coaccusés, pour vérifier la validité des aveux de l'appelant.
2. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à examiner, pour évaluer la crédibilité de l'appelant, les déclarations de ses coaccusés qui n'étaient pas recevables en preuve contre lui.
  3. Le savant juge du procès a commis une erreur en permettant que l'on demande à l'appelant, en contre-interrogatoire, de faire des commentaires quant à la véracité des aveux de ses coaccusés et quant à la véracité des dépositions d'autres témoins.

Le pourvoi en cette Cour a été rejeté. Je reproduis en entier le jugement de la majorité formée des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte, rendu par le juge Ritchie:

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge Estey, mais je ne suis pas convaincu que le présent pourvoi devrait être accueilli. Vu la preuve écrasante de la participation de l'appelant au meurtre dont il a été reconnu coupable, la Cour d'appel était persuadée, malgré les erreurs du juge du procès relevées dans les motifs de jugement qu'elle a exprimés, qu'il ne s'était produit «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave» et que les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* devaient s'appliquer. A mon avis, il n'y a eu aucune erreur de droit dans les motifs de l'arrêt que le juge en chef Freedman a rédigés pour la Cour d'appel du Manitoba et auxquels ont souscrit les juges Guy, Monnin et Matas.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

La minorité formée du juge en chef Laskin et des juges Spence et Estey aurait accueilli le pour-

new trial. Estey J., after dealing with the facts and commenting on the problems inherent in joint trials where statements of various accused persons are admitted in evidence, said: "We are then left with the conflict below as to the application of the curative powers of s. 613(1)(b)(iii)." He then proceeded to review the authorities in which the powers of this Court in connection with the application of the proviso have been considered, and he concluded that the majority in the Manitoba Court of Appeal had been in error in applying the proviso, that the conviction could not stand, and that a new trial must be ordered. He concluded that part of his reasons with the following statement, at p. 346:

For the reasons stated above with reference to the misuse of the extrajudicial statements by the co-accused throughout the trial, first on the cross-examination of the appellant, later in the address of the prosecution to the jury, and finally in the instructions given by the learned trial judge to the jury, I have concluded that a serious and fundamental error of law was committed, and that one cannot be certain that in the absence of this repeated error a jury properly instructed would necessarily have reached the same conclusion with reference to the appellant. Section 613(1)(b)(iii) cannot therefore be invoked in these circumstances and the conviction therefore cannot stand.

I need not review in detail all the cases which Estey J. considered. They include *Lizotte's* case, which has been referred to above, as well as *Brooks v. The King*, *supra*, *Stein v. The King*, *supra*, *Brown v. The Queen*, [1962] S.C.R. 371 and *Colpitts v. The Queen*, *supra*, all of which support the proposition that this Court may review the application of the proviso in a provincial court of appeal. He went on to distinguish cases which have been cited as authority to the contrary, such as *R. v. Décary*, [1942] S.C.R. 80, *Rozon v. The King*, [1951] S.C.R. 248, *Pearson v. The Queen*, [1959] S.C.R. 369 and *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, *supra*. From this judgment it becomes clear that Estey J. and the other judges forming the minority who agreed with him considered that the application of the proviso raised a point of law. This Court was, therefore, competent to entertain the appeal. The majority judgment in *McFall* does not address the question dealt with by Estey J. in

voi et ordonné un nouveau procès. Après avoir examiné les faits et avoir parlé des problèmes inhérents aux procès conjoints où les déclarations de plusieurs accusés sont reçues en preuve, le juge Estey dit: «Il nous reste donc la divergence d'opinions en Cour d'appel quant à l'application des pouvoirs réparateurs du sous-al. 613(1)(b)(iii).» Il analyse ensuite la jurisprudence qui traite des pouvoirs de cette Cour quant à l'application de la disposition et il conclut que la Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a commis une erreur en appliquant la disposition, que la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue et qu'un nouveau procès doit être ordonné. Il conclut cette partie de ses motifs par l'énoncé suivant, à la p. 346:

Pour les motifs qui précèdent quant à la mauvaise utilisation des déclarations extrajudiciaires des coaccusés durant tout le procès, d'abord pendant le contre-interrogatoire de l'appelant, ensuite dans le réquisitoire au jury et enfin dans les directives du savant juge du procès au jury, je conclus qu'on a commis une erreur de droit grave et fondamentale et que l'on ne peut être sûr que, sans cette erreur répétée, un jury ayant reçu des directives appropriées serait nécessairement arrivé à la même conclusion en ce qui regarde l'appelant. Le sous-alinéa 613(1)(b)(iii) ne peut donc être invoqué dans ces circonstances et la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue.

Je n'ai pas besoin de revoir en détail tous les arrêts examinés par le juge Estey. Ils comprennent l'arrêt *Lizotte* dont il a déjà été question plus haut et les arrêts *Brooks c. Le Roi*, précité, *Stein c. Le Roi*, précité, *Brown c. La Reine*, [1962] R.C.S. 371 et *Colpitts c. La Reine*, précité, qui appuient tous la thèse selon laquelle cette Cour peut réviser l'application de la disposition par une cour d'appel provinciale. Puis il continue en faisant des distinctions avec les arrêts invoqués à l'appui de la position contraire, dont les arrêts *R. c. Décary*, [1942] R.C.S. 80, *Rozon c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 248, *Pearson c. La Reine*, [1959] R.C.S. 369 et *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, précité. D'après ces motifs, il est clair que le juge Estey et les autres juges de la minorité ont considéré que l'application de la disposition soulevait un point de droit. Cette Cour était donc compétente pour entendre le pourvoi. Le jugement de la majorité dans l'arrêt *McFall* ne traite pas de la question analysée par le

his dissent, beyond expressing the view that the Court of Appeal made no error in applying the proviso and, in my view, would not stand as an authority for the proposition that this Court has no jurisdiction because of the absence of the allegation of a point of law to entertain an appeal from the application of the proviso in a provincial court of appeal.

The various cases which were considered and discussed by Estey J. in his dissent in *McFall* make it clear, in my opinion, that the Court for many years has considered that a question of law is involved in the application of the proviso in the provincial court of appeal and that an appeal lies upon this basis to this Court. This Court has considered itself free to review the application of the proviso and that it has jurisdiction to approve or disapprove the disposition of the matter in the Court of appeal. This is made clear, in my view, by the unanimous decision of this Court in *Lizotte* and by the other cases cited in that decision and by those cited by Estey J. which followed it. I make particular reference on this point to *Brown's* case, where misdirection was alleged in the charge to the jury. Jurisdiction to hear the appeal in this Court depended upon a dissent on a point of law in the Court of Appeal with respect to the questioned passage in the judge's charge. One of the judges in the Court of Appeal had said:

Although there are, with respect, certain deficiencies in the charge of the jury, no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred and, accordingly, I would dismiss the appeal against conviction having regard to the provisions of Section 592(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Two others were of the view that:

At the end of the charge, defence counsel objected that this latter part of the charge was bad because it stated that the story of the accused must be accepted before the jury could find that death was caused by accident. The jury was recalled and further instructed. The instructions on this point were preceded by the words "if you disbelieve that (appellant's) story", and what followed is not very clearly expressed. Much was made at the hearing of this appeal of these additional instructions but I think it is quite clear from their

juge Estey dans ses motifs de dissidence sauf pour dire que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en appliquant la disposition et, à mon avis, cet arrêt ne constitue pas un précédent selon lequel cette Cour n'a pas compétence, en l'absence d'allégation d'un point de droit, pour entendre un pourvoi à l'encontre de l'application de la disposition par une cour d'appel provinciale.

Les différents arrêts que le juge Estey a examinés et analysés dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *McFall* indiquent nettement, à mon avis, que cette Cour estime depuis plusieurs années que l'application de la disposition par une cour d'appel provinciale soulève un point de droit et qu'en conséquence, elle peut faire l'objet d'un pourvoi en cette Cour. Cette Cour considère qu'elle est libre de réviser l'application de la disposition et qu'elle est compétente pour approuver ou non la décision rendue par la Cour d'appel à ce propos. Cela ressort clairement, à mon avis, de l'arrêt unanime de cette Cour dans *Lizotte*, et de la jurisprudence citée dans cet arrêt, ainsi que des arrêts plus récents cités par le juge Estey. Sur ce point, je me réfère particulièrement à l'affaire *Brown* où on soutenait qu'il y avait eu erreur dans les directives données au jury. La compétence de cette Cour pour entendre le pourvoi tenait à une dissidence sur un point de droit en cour d'appel à l'égard du passage contesté des directives du juge. L'un des juges de la Cour d'appel avait dit:

[TRADUCTION] Même s'il y a, avec égards, certaines lacunes dans les directives données au jury, il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave et, en conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel formé à l'encontre de la déclaration de culpabilité, compte tenu des dispositions du sous-al. 592(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Deux autres juges ont exprimé l'avis suivant:

[TRADUCTION] A la fin des directives, l'avocat de la défense a fait valoir que cette dernière partie des directives était erronée parce qu'on y déclarait qu'il fallait que la version de l'accusé soit acceptée pour que le jury puisse conclure que le décès était accidentel. On a rappelé le jury et on lui a donné des directives supplémentaires. Les directives sur ce point ont été précédées des mots «si vous ne croyez pas cette version (de l'appellant)» et la suite n'est pas exprimée en termes très clairs. On a fait grand état, lors de l'audition du présent appel,

verdict that the jury accepted the appellant's account of what happened, for it is only on this evidence that a verdict of criminal negligence would be founded. That being so, these additional instructions to the jury became irrelevant as far as this appeal is concerned.

Cartwright J., speaking for the majority of this Court, said with respect to the matter, at p. 378:

With the greatest respect to those who entertain a different view, it appears to me that when one judge holds that a passage in the charge to the jury is material and fatally misleading and another judge holds that the same passage is irrelevant they are in disagreement on a point of law.

The authorities which have been referred to make it clear, in my view, that this Court has long considered that the application of the proviso involves a question of law and it has entertained appeals where error in its application has been alleged. It has been shown that the proviso may be applied only following a legal determination that errors have been made at trial, but that "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred", and then only according to a strict legal test. The determination of what will constitute a substantial wrong or miscarriage of justice must involve the construction of those words in the context in which they are used in the Statute, and such statutory construction has long been considered a matter of law. The Court's decision involves an analysis of the rights accorded by law to an accused and the measurement of the impact of the errors which were made at trial. Once an appellant establishes in the Court of Appeal that errors of law were made at his trial he becomes entitled to have his appeal allowed and a new trial or an acquittal, depending on the circumstances, unless the proviso is applied to annul those rights. The Court of Appeal must consider the errors against the background of the whole trial. While a reconsideration of the evidence is involved, clearly the inquiry goes far beyond the determination of matters of fact. The Court of Appeal must give substance to the concept of "miscarriage of justice" and this involves a legal determination. For all the above reasons, I am of the opinion that the

de ces directives supplémentaires, mais je crois qu'il ressort très clairement du verdict du jury que celui-ci a accepté la version des faits donnée par l'appelant parce que ce n'est que sur ce témoignage qu'un verdict de négligence criminelle pouvait se fonder. Dans ce cas, ces directives supplémentaires au jury sont devenues sans importance pour ce qui est du présent appel.

Le juge Cartwright, s'exprimant au nom de la majorité de cette Cour, affirme à ce sujet, à la p. 378:

[TRADUCTION] Avec égards pour ceux qui partagent une opinion contraire, il me paraît que lorsqu'un juge estime qu'un passage de l'exposé au jury est important et est de nature à entraîner une erreur fatale, et qu'un autre juge estime que le même passage n'est pas pertinent, ils sont en désaccord sur une question de droit.

La jurisprudence citée indique clairement, à mon avis, que cette Cour considère depuis longtemps que l'application de la disposition comporte une question de droit et elle a entendu des pourvois où on alléguait qu'une erreur avait été commise en l'appliquant. On a démontré que la disposition ne peut être appliquée que par suite d'une décision en droit selon laquelle des erreurs ont été commises au procès mais qu'«aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit», et alors seulement selon un critère juridique strict. La détermination de ce qui constitue un tort important ou une erreur judiciaire grave doit comporter l'interprétation de ces termes en fonction du contexte dans lequel ils sont employés dans le *Code* et une telle interprétation du *Code* est considérée depuis longtemps comme une question de droit. La décision de la Cour comporte une analyse des droits dont l'accusé jouit en vertu de la loi et une appréciation de l'effet des erreurs commises au procès. Dès qu'un appelant établit en cour d'appel que des erreurs de droit ont été commises à son procès, il a droit à ce que son appel soit accueilli et il a aussi droit à un nouveau procès ou à un acquittement, selon les circonstances, à moins que la disposition ne soit appliquée pour annuler ces droits. La cour d'appel doit examiner les erreurs en fonction de l'ensemble du procès. Même si cela comporte un nouvel examen de la preuve, il est évident que cet examen va bien au delà de la détermination de questions de fait. La Cour d'appel doit concrétiser la notion d'«erreur judiciaire»

application of the proviso must always involve a question of law and it is reviewable in this Court on appeal under s. 618 of the *Criminal Code*.

I now turn to consideration of the application of the proviso by Brooke J.A. in the Court of Appeal. At the outset it may be observed that he applied the correct test for the application of the proviso and considered the effect of the errors in law, which were found to have occurred at trial, individually and cumulatively, in reaching his conclusion. It cannot be said on a careful reading of his judgment that he gave effect to any extraneous considerations, or made any mistake in principle in approaching the problem.

I have briefly described the errors found by the Court of Appeal. On the question of the alibi direction, Brooke J.A. considered that the trial judge had erred in telling the jury that they could consider a delay by the appellant in informing the police of his whereabouts on the night before the killing in assessing the weight of the evidence of the alibi. He found, as well, that it was error to leave with the jury the suggestion that an inference of guilt could be drawn from the fabrication of a false alibi. In dealing with these errors, he pointed out that the police in any event knew of the witness Weedmark from the outset of the investigation, and he said:

But what effect is to be given to the Appellant's submissions? On the facts, if the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that the Appellant was the one who had come to the deceased's house that morning, then the guilt of the Appellant inevitably followed, and the impugned direction in the circumstances did not result in a substantial wrong or miscarriage of justice. Further, while this was a case where the Appellant's credibility was critical and, as I have said it was inappropriate to direct the jury as she did with respect to delay in the disclosure of the alibi, nevertheless the finding of the piece of glass and painted wood chip in the Appellant's clothing was in the absence of some logical explanation in the evidence, of such great weight when added to the other evidence of identification that I am satisfied the verdict of the jury would have been the same notwithstanding the error.

I am in full agreement with this comment.

et cela comporte une décision sur un point de droit. Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'application de la disposition comporte toujours une question de droit et qu'elle est révisable en cette Cour dans le cadre d'un pourvoi fondé sur l'art. 618 du *Code criminel*.

J'aborde maintenant l'étude de l'application de la disposition par le juge Brooke de la Cour d'appel. On peut commencer par noter qu'il a utilisé le bon critère d'application de la disposition et qu'il a tenu compte de l'effet des erreurs de droit qui ont été commises au procès, prises individuellement et dans leur ensemble, pour tirer sa conclusion. On ne peut pas affirmer, après une lecture attentive de ses motifs, qu'il a tenu compte de considérations étrangères ou qu'il a commis quelque erreur de principe dans sa façon d'aborder la question.

J'ai brièvement décrit les erreurs constatées par la Cour d'appel. Quant à la directive sur l'alibi, le juge Brooke a estimé que le juge du procès avait commis une erreur en disant au jury qu'il pouvait tenir compte du retard de l'appelant à informer la police de ses allées et venues au cours de la nuit précédant le meurtre pour déterminer la valeur probante de la preuve d'alibi. Il a aussi conclu que c'était une erreur d'avoir laissé entendre au jury que la fabrication d'un alibi pouvait permettre de conclure à la culpabilité. En parlant de ces erreurs, il a souligné que la police connaissait de toute façon, depuis le début de son enquête, l'existence du témoin Weedmark et il a ajouté:

[TRADUCTION] Mais quel effet faut-il attribuer aux prétentions de l'appelant? D'après les faits, si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable que c'est l'appelant qui s'est présenté chez la victime ce matin-là, il devait nécessairement s'ensuivre un verdict de culpabilité et les directives contestées n'ont, dans les circonstances, engendré aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. De plus, même si c'est une affaire où la crédibilité de l'appelant est capitale et qu'il était, comme je l'ai dit, inapproprié de donner au jury les directives qu'elle a données à propos du retard à révéler l'alibi, la découverte du morceau de verre et d'un éclat de bois peint sur les vêtements de l'appelant avait néanmoins, en l'absence d'explication logique dans la preuve, une telle importance, ajoutée aux autres éléments de preuve relatifs à l'identification, que je suis convaincu que le verdict du jury aurait été le même nonobstant l'erreur.

Je suis tout à fait d'accord avec cette observation.



On the question of the charge on drunkenness, it was conceded by the Crown that the trial judge did not tell the jury that planning and deliberation might be negated by evidence of drunkenness falling short of an incapacity to form the intent required for murder under s. 212(a) of the *Code*. Brooke J.A. considered the effect of this error and reviewed the evidence of drunkenness in some detail. He noted that there was evidence of a large amount of drinking between the time the appellant left prison until 1:00 a.m. on March 26 when he met Weedmark in the apartment building. From then on there was evidence of only one beer, and evidence from Weedmark that the appellant was behaving normally with no suggestion that he was intoxicated. From the appellant's own evidence of what occurred in the apartment, he was sufficiently alert at 1:00 a.m. to invent a story on the spur of the moment, explaining his presence in the apartment, and he himself gave evidence of an attempt to acquire a firearm, an attempt to change his clothing, and of shaving off his beard and mustache and endeavouring to get his hair cut, from which an inference could be drawn of rational planning not to be expected from one seriously intoxicated. I agree with Brooke J.A. in the comment which follows:

In the circumstances was there any evidence of consumption of alcohol and intoxication which was of the slightest significance so far as his conduct at 6:30 a.m. of March 26 is concerned? There was no evidence that he was feeling poorly or even in ordinary terms that he had a hangover. In the circumstances I see no reason to think that the failure of the learned trial judge could have caused any miscarriage of justice to the Appellant. There would really be no reason for doubt on all of the evidence that if he was the person who went to the deceased's home that morning armed with a hatchet and killed her, his conduct was both planned and deliberated.

He found, as well, that the error with reference to the evidence of the words spoken by the deceased on the entry of her attacker into her home was of no significance in this matter. I would say on this

Quant à l'exposé portant sur l'ivresse, la poursuite a admis que le juge du procès n'a pas dit au jury que la préméditation pourrait être éliminée par une preuve d'ivresse insuffisante pour établir l'incapacité de former l'intention requise pour qu'il y ait meurtre au sens de l'al. 212a) du *Code*. Le juge Brooke a étudié la portée de cet erreur et a procédé à un examen quelque peu détaillé de la preuve d'ivresse. Il a constaté que, d'après la preuve, l'appelant avait consommé une grande quantité d'alcool depuis le moment où il avait quitté la prison jusqu'à 1 h le 26 mars, heure à laquelle il a rencontré Weedmark dans l'immeuble d'appartements. A partir de ce moment, il n'est fait état que d'une seule bière et, d'après le témoignage de Weedmark, l'appelant se comportait normalement sans donner l'impression qu'il était en état d'ébriété. D'après le propre témoignage de l'appelant sur ce qui s'est produit à l'appartement, il était suffisamment éveillé à 1 h du matin pour inventer, sous l'inspiration du moment, une explication de sa présence dans l'immeuble d'appartements; il a lui-même déclaré avoir tenté de se procurer une arme à feu, de changer de vêtements, s'être coupé la barbe et moustache et avoir essayé de se faire couper les cheveux, ce qui permet de conclure à une planification rationnelle qui ne se rencontre pas chez une personne en état d'ébriété avancée. Je souscris à l'observation suivante du juge Brooke:

[TRADUCTION] Dans les circonstances, y avait-il une preuve de consommation d'alcool et d'ébriété qui revêtait la moindre importance en ce qui concerne son comportement à 6 h 30 le matin du 26 mars? Il n'y avait pas de preuve qu'il était souffrant ou, selon l'expression populaire, qu'il avait la gueule de bois. Dans les circonstances, rien ne me permet de penser que l'omission du savant juge du procès aurait pu causer une injustice grave à l'appelant. Il n'y a vraiment aucune raison de douter, d'après toute la preuve, que si c'est lui qui, armé d'une hachette, s'est rendu chez la victime ce matin-là et l'a assassinée, sa conduite était préméditée.

Il a aussi conclu que l'erreur quant à la preuve des paroles prononcées par la victime au moment où son assaillant est entré chez elle, était sans importance en la matière. Je dirais à ce sujet que toute

point that the effect of any error made at trial would have been in the appellant's favour because Brooke J.A. would have admitted the evidence for all purposes, while the trial judge limited it to corroboration only. I am in agreement with Brooke J.A. in his treatment of this error.

Considering all of the evidence in this case which I have examined, I am of the opinion that if the errors above described had not been made the jury would necessarily have reached the same result and convicted the accused. It is plain that the jury accepted the evidence to the effect that the intruder in the deceased's home was the appellant. In the face of the evidence identifying the glass and paint fragments found on the axe and the clothing of the appellant with those from the door which had been broken in, it would have been virtually impossible to do otherwise. The errors alleged lose their significance in the face of this inevitable conclusion. I would dismiss the appeal.

The reasons of Martland, Beetz and Chouinard JJ. were delivered by

CHOUINARD J. (concurring with Laskin C.J. and McIntyre J. but in result only)—I agree with the conclusion of Mr. Justice McIntyre that this appeal should be dismissed.

The reasons of Ritchie and Estey JJ. were delivered by

ESTEY J. (concurring with Laskin C.J. and McIntyre J. but with added reasons)—I concur in the reasons for judgment of my colleague McIntyre J. and only wish to make but one comment with reference to the decision of this Court in *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321. McIntyre J. in his reasons states that "The majority judgment in *McFall* does not address the question . . ." as to whether the application or non-application of s. 613 in the court below is a reviewable question of law. Somewhat the same situation arose in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, where both the majority and the minority judgments considered the application of s. 613(1)(b)(iii) to the circumstances arising at trial and reached opposite conclusions, the majority

erreur commise au procès aurait été favorable à l'appelant parce que le juge Brooke aurait reçu la preuve à toutes fins tandis que le juge du procès l'a limitée à la corroboration. Je suis d'accord avec le juge Brooke quant à sa façon de traiter cette erreur.

Compte tenu de tous les éléments de preuve que j'ai examinés en l'espèce, je suis d'avis que si les erreurs décrites plus haut n'avaient pas été commises, le jury serait nécessairement arrivé à la même conclusion et aurait déclaré l'accusé coupable. Il est manifeste que le jury a accepté les éléments de preuve selon lesquels l'intrus dans le logis de la victime était l'appelant. Compte tenu de la preuve qui relie les fragments de verre et de peinture trouvés sur la hache et les vêtements de l'appelant à ceux de la porte qui a été enfoncée, il aurait été à peu près impossible de faire autrement. Les erreurs alléguées perdent leur importance devant cette conclusion inévitable. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Martland, Beetz et Chouinard rendus par

LE JUGE CHOUINARD (souscrit à l'avis du juge en chef Laskin et du juge McIntyre quant à la conclusion seulement)—Je suis d'accord avec la conclusion de M. le juge McIntyre selon laquelle il y a lieu de rejeter le présent pourvoi.

Version française des motifs des juges Ritchie et Estey rendus par

LE JUGE ESTEY (souscrit à l'avis du juge en chef Laskin et du juge McIntyre mais ajoute des motifs)—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge McIntyre et je ne formulerai qu'une seule observation à l'égard de l'arrêt de cette Cour, *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321. Dans ses motifs de jugement, le juge McIntyre affirme que «Le jugement de la majorité dans l'arrêt *McFall* ne traite pas de la question . . .» de savoir si l'application ou la non-application de l'art. 613 en cour d'appel constitue une question de droit révisable. Une situation à peu près analogue s'est présentée dans *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739, où la majorité et la minorité ont, dans leurs motifs respectifs, étudié l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) aux circonstances du procès et sont

reversing the decision of the provincial Court of Appeal on this question.

The majority reasons in *McFall*, after reciting the fact that the Court of Appeal had applied s. 613(1)(b)(iii) “Having regard to the overwhelming evidence implicating the appellant in the murder . . .”, stated, “In my view there was no error in law in the judgment . . .” in the Court of Appeal. I take this to be a clear reference to the fact that the exercise in the court below was that of determining a question of law in relation to the application of s. 613(1)(b)(iii). In other words the majority assumed a jurisdiction in the Court to examine the propriety in law of the invocation of s. 613 by the Court of Appeal. I therefore would dismiss the appeal for the reasons given by McIntyre J. subject only to the comments above.

The reasons of Dickson and Lamer JJ. were delivered by

LAMER J. (concurring with Laskin C.J. and McIntyre J. but in result only)—I have had the advantage of reading the opinion of my brother McIntyre. For the reasons set out in his opinion, I agree that this appeal should be dismissed. I should like to add however that, with respect, I do not find compelling the reasoning of Cartwright J. in *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115, except to the extent Cartwright J. finds support in the fact that the Court had previously on many occasions dealt with the resort to s. 613(1)(b)(iii) as being a decision involving a question of law and, as such, reviewable by this Court. The substance of his reasoning is in the following passage of the judgment at p. 135:

In my view it is the duty of this court, in the first instance, to examine the point or points of law properly brought before it either under (i) or (ii) above or, as may sometimes happen, under both (i) and (ii). If the court comes to the conclusion that there has been no error in law it follows that the appeal will be dismissed. If, on the other hand, this court is of opinion that there has been error in law in regard to any one or more of the points properly before it, then I think, there devolves upon it the duty, in disposing of the appeal, to “make

arrivées à des conclusions opposées, la majorité ayant infirmé l’arrêt de la Cour d’appel provinciale sur la question.

<sup>a</sup> Après avoir souligné que la Cour d’appel a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) «Vu la preuve écrasante de la participation de l’appelant au meurtre . . .», la majorité affirme dans ses motifs de l’arrêt *McFall*: «A mon avis, il n’y a eu aucune <sup>b</sup> erreur de droit dans les motifs . . .» de la Cour d’appel. Je vois là une indication manifeste que la Cour d’appel a procédé à la détermination d’une question de droit relativement à l’application du sous-al. 613(1)(b)(iii). En d’autres termes, la majorité <sup>c</sup> a présumé que la Cour avait compétence pour examiner la pertinence en droit du recours par la Cour d’appel à l’art. 613. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi pour les motifs énoncés <sup>d</sup> par le juge McIntyre, sous réserve seulement des observations énoncées ci-dessus.

Version française des motifs des juges Dickson et Lamer rendus par

<sup>e</sup> LE JUGE LAMER (souscrit à l’avis du juge en chef Laskin et du juge McIntyre quant à la conclusion seulement)—J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mon collègue le juge McIntyre. Pour les <sup>f</sup> motifs qu’il énonce, je suis d’accord qu’il y a lieu de rejeter le pourvoi. J’aimerais cependant ajouter, avec égards, que je ne trouve pas convaincant le raisonnement du juge Cartwright dans l’arrêt *Lizotte c. La Reine*, [1951] R.C.S. 115, sauf dans <sup>g</sup> la mesure où il s’appuie sur le fait que la Cour a déjà, à plusieurs reprises, considéré que le recours au sous-al. 613(1)(b)(iii) est une décision qui comporte une question de droit et peut, à ce titre, donner lieu à révision par cette Cour. L’essentiel <sup>h</sup> de son raisonnement se trouve dans le passage suivant des motifs, à la p. 135:

[TRADUCTION] A mon avis, il incombe d’abord à cette Cour d’examiner le ou les points de droit dont elle est dûment saisie en vertu du sous-al. (i) ou du sous-al. (ii) ci-dessus ou, comme il peut arriver parfois, en vertu de ces deux sous-alinéas à la fois. Si la Cour arrive à la conclusion qu’il n’y a pas eu d’erreur de droit, il s’ensuit que le pourvoi sera rejeté. Si, d’autre part, cette Cour est <sup>i</sup> d’avis qu’il y a eu erreur de droit à l’égard d’un seul ou de plusieurs des points dont elle est dûment saisie, alors <sup>j</sup> je crois qu’il lui incombe, en statuant sur le pourvoi,

such rule or order thereon, either in affirmance of the conviction or for granting a new trial, or otherwise, or for granting or refusing such application, as the justice of the case requires.” (section 1024).

In my opinion once this court reaches the conclusion, on one or more of the points properly before it, that there has been error in law below it is unfettered in deciding what order should be made by the views expressed in the Court of Appeal. This would be my view if the point were devoid of authority. It is I think supported by the practice followed for many years. [My underlining.]

This passage, in my view, still leaves undecided the question under consideration, namely, whether a decision by the Court of Appeal to apply s. 613(1)(b)(iii) is itself a decision on a question of law. I agree that if this Court, on an appeal by the accused against conviction, finds error of law in the Court of Appeal’s decision that there was no error of law in the Trial Court, it is then, as said Cartwright J., indeed unfettered in its own discretion to either enter an acquittal, order a new trial, or apply the proviso of s. 613(1)(b)(iii). But if this Court finds no error in law in the Court of Appeal’s decision that there was, or was not, error of law in the Trial Court, this Court would then be precluded, (this is at least what I read in that passage of Cartwright J.’s reasons), from reviewing the Appeal Court’s disposing of the appeal by applying the proviso of s. 613(1)(b)(iii), as it would then, as Cartwright J. said, “follow . . . that the appeal will be dismissed”.

In my view, this Court has through judicial pronouncements defined the application of s. 613(1)(b)(iii) into a question of law. Indeed, the section suggests, when considered alone, that the decision by the Court of Appeal is one of mixed fact and law. But this Court has required as a prerequisite to the courts of appeal applying the proviso of s. 613(1)(b)(iii) that they first make a finding that no jury properly charged could reasonably acquit. (Reference to, amongst others,

d’«établi[r] à cet égard la règle ou [de] rend[re] l’ordonnance qui lui semble juste, soit aux fins de confirmer la déclaration de culpabilité ou d’accorder un nouveau procès, ou autrement, soit aux fins d’accueillir ou de refuser cette demande». (article 1024).

*a* A mon avis, dès que cette Cour arrive à la conclusion, sur un seul ou plusieurs des points dont elle est dûment saisie, que la cour d’appel a commis une erreur de droit, elle n’est pas liée, dans sa décision quant à l’ordonnance à rendre, par les opinions exprimées en cour d’appel. Ce serait là mon avis s’il n’y avait point de jurisprudence sur la question. Je crois qu’il est étayé par la pratique adoptée depuis plusieurs années. (C’est moi qui souligne.)

*c* A mon avis, ce passage ne tranche pas la question à l’étude, savoir si la décision de la Cour d’appel d’appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) est en soi une décision sur une question de droit. Je conviens que *d* si, lors d’un pourvoi formé par l’accusé à l’encontre de sa déclaration de culpabilité, cette Cour constate une erreur de droit dans la décision de la Cour d’appel portant qu’aucune erreur de droit n’a été commise au procès, alors, comme l’a affirmé le *e* juge Cartwright, son pouvoir discrétionnaire de prononcer l’acquittement, d’ordonner un nouveau procès ou d’appliquer la disposition du sous-al. 613(1)(b)(iii) n’est effectivement pas limité. Mais si cette Cour ne constate aucune *f* erreur de droit dans la décision de la Cour d’appel portant qu’il y a eu ou qu’il n’y a pas eu erreur de droit au procès, cette Cour sera alors dans l’impossibilité (du moins selon mon interprétation du *g* passage des motifs du juge Cartwright) de réviser l’arrêt de la Cour d’appel dans lequel cette dernière statue sur l’appel en appliquant la disposition du sous-al. 613(1)(b)(iii) puisque alors, comme l’a affirmé le juge Cartwright, «il s’ensuit que le pourvoi sera rejeté».

J’estime que, par ses arrêts, cette Cour a fait de l’application du sous-al. 613(1)(b)(iii) une question de droit. En effet, il ressort de l’article pris isolément que la décision de la Cour d’appel est une question mixte de droit et de fait. Mais cette Cour a posé comme condition préalable à l’application de la disposition du sous-al. 613(1)(b)(iii) par les *j* cours d’appel que celles-ci concluent d’abord qu’un jury ayant reçu des directives appropriées n’aurait pu raisonnablement prononcer l’acquittement.

Spence J. in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.) Such a finding is, in my opinion, no less a decision on a question of law than that made by a trial judge before directing a verdict of acquittal when he comes to the conclusion that “in view of the dubious nature of the evidence” no jury could reasonably convict. (*R. v. Comba*, [1938] S.C.R. 396.)

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Brian H. Greenspan, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: J. David Watt, Toronto.*

(Voir, notamment, le juge Spence dans l'arrêt *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739.) A mon avis, une telle conclusion est tout autant une décision sur une question de droit que celle à laquelle en vient le juge du procès avant d'ordonner un verdict d'acquiescement lorsqu'il conclut que [TRANSDUCTION] «à cause de la nature douteuse de la preuve», aucun jury ne pourrait raisonnablement prononcer un verdict de culpabilité. (*R. c. Comba*, [1938] R.C.S. 396.)

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Brian H. Greenspan, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: J. David Watt, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant;*

and

**Ronald Allan Brown** *Respondent.*

File No.: 16638.

1982: June 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Appeal — Fresh evidence available after conviction — Test for admitting new evidence not met — Appeal from order for new trial.*

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Appeal No. 14002, May 14, 1981) allowing an appeal from conviction by McClung J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Y. Roslak, Q.C., and David Plosz, for the appellant.*

*R. H. Davidson, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

RITCHIE J.—We are all of the opinion that the majority of the Court of Appeal erred in law in allowing the appellant's appeal from his conviction and directing a new trial when he had not satisfied the first principle of the test for admitting fresh evidence, namely, whether the evidence sought to be adduced could by due diligence have been adduced at trial.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment at trial is restored.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Peter Teasdale, agent of the Attorney General, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: R. H. Davidson, Edmonton.*

**Sa Majesté La Reine** *Appelante;*

et

**Ronald Allan Brown** *Intimé.*

<sup>a</sup> N° du greffe: 16638.

1982: 10 juin.

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

<sup>b</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

<sup>c</sup> *Appel — Nouvelle preuve disponible après la déclaration de culpabilité — Critère de recevabilité d'une nouvelle preuve non satisfait — Appel contre l'ordonnance de nouveau procès.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (N° du greffe 14002, le 14 mai 1981) qui a accueilli un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge McClung et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

<sup>d</sup> *Y. Roslak, c.r., et David Plosz, pour l'appelante.*

<sup>e</sup> *R. H. Davidson, pour l'intimé.*

<sup>f</sup> Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE RITCHIE—Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en accueillant, à la majorité, l'appel formé par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité et en ordonnant un nouveau procès alors qu'il n'avait pas satisfait au premier principe du critère de recevabilité d'une nouvelle preuve, savoir, la preuve qu'il veut produire aurait-elle pu l'être au procès s'il avait fait diligence.

<sup>h</sup> Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement de première instance est rétabli.

<sup>i</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Peter Teasdale, substitut du procureur général, Edmonton.*

<sup>j</sup> *Procureur de l'intimé: R. H. Davidson, Edmonton.*

**Simon Descôteaux and Centre  
communautaire juridique de Montréal**  
*Appellants;*

and

**Alexandre Mierzwinski** *Respondent;*

and

**The Attorney General of the Province of  
Quebec and the Commission des services  
juridiques** *Interveners;*

and

**André Landry, Normand Huneault, the  
Quebec Bar and the Commission des droits de  
la personne** *Mis en cause.*

File No.: 16113.

1981: October 27, 28; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Criminal law — Search and seizure — False statement by legal aid applicant regarding his income — Warrant issued to search legal aid offices — Legal aid application form seized — Solicitor-client privilege — Right to have communications with lawyer kept confidential — Right reflected in substantive rule and rule of evidence (privilege) — Extent of the power of a justice to authorize a search warrant with terms of execution — Scope of this power with regard to law firms — Criminal Code, s. 443.*

*Evidence — Solicitor-client privilege — False statement by legal aid applicant regarding his income — Legal aid application form seized — Whether information supplied by applicant is privileged — Point in time when solicitor-client relationship arises.*

In order to obtain proof that an applicant for legal aid committed an indictable offence by incorrectly reporting a lower income in order to be eligible for such services, two peace officers presented themselves at a legal aid bureau with a search warrant. This warrant related to certain documents, including an «Application for Legal Aid» form which contained, *inter alia*, information on applicant's financial situation. The search was made in the presence of the syndic of the Bar and the police

**Simon Descôteaux et Centre communautaire  
juridique de Montréal** *Appellants;*

<sup>a</sup> et

**Alexandre Mierzwinski** *Intimé;*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général de la province de  
Québec et la Commission des services  
juridiques** *Intervenants;*

et

<sup>c</sup> **André Landry, Normand Huneault, le  
Barreau du Québec et la Commission des  
droits de la personne** *Mis en cause.*

N° du greffe: 16113.

<sup>d</sup> 1981: 27, 28 octobre; 1982: 23 juin.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Perquisition et saisie — Fausse déclaration d'un requérant à l'aide juridique quant à ses revenus — Mandat délivré pour perquisitionner dans les bureaux de l'Aide juridique — Saisie de la formule de demande d'aide juridique — Privilège entre avocat et client — Droit à la confidentialité de son avocat — Droit qui se manifeste par une règle de fond et une règle de preuve (privilège) — Etendue du pouvoir d'un juge de paix d'autoriser un mandat de perquisition et de l'assortir de modalités — Etendue de ce pouvoir pour un bureau d'avocat — Code criminel, art. 443.*

*Preuve — Privilège entre avocat et client — Fausse déclaration d'un requérant à l'aide juridique quant à ses revenus — Saisie de la formule de demande d'aide juridique — Les renseignements fournis par le requérant sont-ils privilégiés? — Moment où prend naissance la relation avocat-client.*

Aux fins d'obtenir la preuve qu'un requérant de l'aide juridique a commis un acte criminel en déclarant faussement des revenus inférieurs afin d'être éligible aux services de cet organisme, deux agents de la paix se sont présentés au bureau de l'Aide juridique munis d'un mandat de perquisition. Ce mandat visait certains documents dont la formule «Demande d'aide juridique» qui contient entre autres des renseignements sur l'état financier du requérant. La perquisition a eu lieu en présence

officers agreed to receive the documents in a sealed envelope without examining them. Appellants' application for *certiorari* to quash the seizure on the ground that the documents seized were protected by solicitor-client privilege was dismissed both in the Superior Court and in the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

All information which a person must provide in order to obtain legal advice and which is given in confidence for that purpose enjoys the privileges attached to confidentiality. This confidentiality attaches to all communications made within the framework of the solicitor-client relationship, to the lawyer as well as to his employees. It arises even before the retainer is established, as soon as the client takes the first steps in approaching a law firm. It may be invoked in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent. However, communications which are criminal in themselves or that are made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime will not be privileged.

A justice of the peace has no jurisdiction to order the seizure of documents that would not be admissible in evidence in court on the ground that they are privileged. Before authorizing a search of a lawyer's office, he should even refuse to issue the warrant unless he is satisfied that there is no reasonable alternative to the search. If he issues it, he should attach terms of execution to the warrant designed to protect the right to confidentiality of the lawyer's clients as much as possible.

In the case at bar, the communications made by the applicant with respect to his financial means are criminal in themselves since they constitute the material element of the crime charged. These communications are accordingly not protected by the privilege and the justice had jurisdiction to order the seizure. However, all other information contained in the "Application for Legal Aid" form remains protected. The search was the only reasonable alternative and the procedure followed during the seizure was proper and valid.

*R. v. Littlechild* (1979), 51 C.C.C. (2d) 406; *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. S.C.); approved; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487, considered; *Berd v. Lovelace* (1577), 21 E.R. 33; *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53; *Minter v. Priest*, [1930] A.C. 558; *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *R. v.*

du syndic du Barreau et les agents ont accepté de recevoir les documents sous enveloppe scellée sans en prendre connaissance. La requête en *certiorari* des appelants pour faire annuler la saisie au motif que les documents saisis étaient protégés par le privilège avocat-client a été rejetée tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Tous les renseignements que doit fournir une personne en vue d'obtenir un avis juridique et qui sont donnés en confidence à cette fin jouissent du privilège de confidentialité. Ce privilège s'attache à toutes les communications faites dans le cadre de la relation avocat-client non seulement à l'avocat mais à ses employés. Il prend naissance avant même la formation du mandat, soit dès les premières démarches du client auprès du bureau d'avocat. Il peut être invoqué en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client. Cependant, les communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui sont faites en vue d'obtenir un avis juridique devant faciliter la perpétration d'un crime ne jouissent pas du privilège.

Un juge de paix n'a pas compétence pour ordonner la saisie de documents qui ne seraient pas recevables en preuve devant un tribunal parce qu'il sont couverts par le privilège. Il doit même, avant de permettre la perquisition d'un bureau d'avocat, refuser la délivrance du mandat à moins d'être convaincu que la perquisition est la seule option raisonnable. S'il le délivre, il devra l'assortir de modalités d'exécution susceptibles de sauvegarder au maximum le droit à la confidentialité des clients de l'avocat.

En l'espèce, les communications faites par le requérant à l'égard de sa situation financière sont criminelles en elles-mêmes puisqu'elles constituent l'élément matériel du crime reproché. Ces communications ne sont donc pas protégées par le privilège et le juge de paix avait compétence pour ordonner la saisie. Toutefois, tous les autres renseignements contenus à la formule «Demande d'aide juridique» demeurent protégés. La perquisition était la seule option raisonnable et la procédure suivie lors de la saisie était bonne et valable.

Jurisprudence: arrêts approuvés: *R. v. Littlechild* (1979), 51 C.C.C. (2d) 406; *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.S. Ont.); arrêts examinés: *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; arrêts mentionnés: *Berd v. Lovelace* (1577), 21 E.R. 33; *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53; *Minter v. Priest*, [1930] A.C. 558; *R. v. Cox*



*Colvin, Ex parte Merrick et al.* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Re B.X. Development Ltd. and The Queen* (1976), 36 C.R.N.S. 313 (B.C. S.C.); *Re Alder et al. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 234; *Attorney General of Quebec v. T., G., W., R. and C.* (1977), 2 C.R. (3d) 30; *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745; *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70; *Re Presswood and Delzotto* (1975), 36 C.R.N.S. 322; *Re B.X. Development Ltd. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (B.C. C.A.); *Re Steel and The Queen* (1974), 21 C.C.C. (2d) 278; *Re B and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 235; *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.), referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec affirming a judgment of the Superior Court, [1978] C.S. 792, dismissing appellants' application for *certiorari*. Appeal dismissed.

*Jean-Marie Larivière and Jean-Pierre Lussier*, for the appellants.

*Pierre Robert and Sarto Blouin*, for the respondent and the intervener the Attorney General of the Province of Quebec.

*François Aquin and Jocelyne Jarry*, for the intervener the Commission des services juridiques.

English version of the judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—A citizen who lies about his financial means in order to obtain legal aid is committing a crime. This appeal concerns the right of the police to be authorized by a search warrant to search a legal aid bureau and seize the form filled out by the citizen at his interview, for purposes of proving that this crime was committed. This issue raises several others, including, in particular, the scope of and procedures for exercising the authority to search lawyers' offices, in view of the confidential nature of their clients' files. This appeal will also give everyone an opportunity to note the deficiencies in the law in this area and the limited ability of the courts to compensate for them since their role is not primarily legislative.

and *Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153; *R. v. Colvin, Ex parte Merrick et al.* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Re B.X. Development Ltd. and The Queen* (1976), 36 C.R.N.S. 313 (C.S. B.-C.); *Re Alder et al. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 234; *Attorney General of Quebec v. T., G., W., R. and C.* (1977), 2 C.R. (3d) 30; *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745; *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70; *Re Presswood and Delzotto* (1975), 36 C.R.N.S. 322; *Re B.X. Development Ltd. and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (C.A. B.-C.); *Re Steel and The Queen* (1974), 21 C.C.C. (2d) 278; *Re B and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 235; *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1978] C.S. 792, rejetant la requête en *certiorari* des appelants. Pourvoi rejeté.

*Jean-Marie Larivière et Jean-Pierre Lussier*, pour les appelants.

*Pierre Robert et Sarto Blouin*, pour l'intimé et l'intervenant le procureur général de la province de Québec.

*François Aquin et Jocelyne Jarry*, pour l'intervenante la Commission des services juridiques.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Le citoyen qui ment quant à ses moyens financiers pour obtenir de l'aide juridique commet un crime. Ce pourvoi porte sur le droit de la police d'être autorisée par mandat de perquisition à fouiller un bureau d'aide juridique et à saisir la formule complétée par le citoyen lors de son entrevue, aux fins de prouver la commission de ce crime. Cette question en soulève plusieurs autres dont, notamment, l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir de perquisitionner dans les cabinets des avocats eu égard au caractère de confidentialité qui s'attache aux dossiers de leurs clients. Aussi ce pourvoi est-il l'occasion pour tous de constater les carences de la loi sur le sujet et la limite des moyens qu'a le pouvoir judiciaire d'y suppléer du fait que son rôle n'est pas primordialement législatif.

FACTS

Two peace officers presented themselves at the premises of a legal aid bureau in the judicial district of Montreal with the following search warrant:

ATTENDU qu'il appert de la dénonciation assermentée de:

*WHEREAS, it appears on the oath of:*

[TRANSLATION]

1848 Gilles Bertrand  
M.U.C. Peace Officer  
10 St. Antoine Est, Mtl

[TRANSLATION] File No.

02-78-05-03-005

Q.P. file No. on behalf of  
police force/complainant organization

Que dans la ville de St Laurent district  
Montreal

*That in the City of District*

le 19 ,  
on the [TRANSLATION] May 4, 1978, 19 ,

[TRANSLATION] Between January 1, 1975 and January 1, 1978 an indictable offence was committed, to wit a false pretence; Mr. Marcellein [*sic*] Ledoux reported a lower income in order to be eligible for legal aid services, contrary to section 324 of the Criminal Code, and that documents to wit: a legal aid application form, lawyer's retainer and other documents concerning this case.

These documents are allegedly in these premises and will provide evidence concerning the commission of the said offence.

Et que les dites choses ou quelques parties d'entre elles se trouvent dans

*And that the said things or some part of them are in de/of*

au no./at no. 790 de la rue/of boul. Laurentien Street  
à/at Ville St Laurent district/district of Montreal  
ci-après appelé les lieux;

*hereinafter called the premises;*

A CES CAUSES, les présentes ont pour objet de vous autoriser à entrer (indiquer à

*THIS IS, THEREFORE, to authorize and require you to enter*

Jour & nuit

(quelles heures) dans les dits lieux et à  
rechercher les dites choses  
(*indicate time*) *the said premises, and to*  
*search for the said things*

et les rapporter devant moi ou tout autre juge pour le district

LES FAITS

Deux agents de la paix se sont présentés aux locaux d'un bureau d'aide juridique dans le district judiciaire de Montréal munis du mandat de perquisition qui suit:

ATTENDU qu'il appert de la dénonciation assermentée de:

*WHEREAS, it appears on the oath of:*

*b*

1848 Gilles Bertrand  
Agent de la Paix C.U.M.  
10 St. Antoine Est Mtl

N° dossier

*c* 02-78-05-03-005

N° dossier S.Q. au nom  
du corps policier/organisme plaignant

Que dans la ville de St Laurent district  
Montreal

*d* *That in the City of District*

le 4 Mai 1978 19 ,  
*on the* 19 ,

Entre le 1 Janvier 1975 et le 1 janvier 1978 un acte criminel a été commis à savoir un faux prétexte, M. Marcellein (*sic*) Ledoux a déclaré des revenus inférieurs (*sic*) afin d'être éligible aux services de l'aide Juridique, contrairement à l'article 324 du Code Criminel et que des documents à savoir: Formule d'admissibilité (*sic*) à l'aide juridique, mandat à l'avocat et autres documents concernant cette cause.

Ces documents se trouveraient à cet endroit et apporteraient la preuve touchant la perpétration de la dite offence (*sic*).

*g* Et que les dites choses ou quelques parties d'entre elles se trouvent dans

*And that the said things or some part of them are in de/of*

au no./at no. 790 de la rue/of boul. Laurentien Street  
*h* à/at Ville St Laurent district/district of Montreal  
ci-après appelé les lieux;

*hereinafter called the premises;*

A CES CAUSES, les présentes ont pour objet de vous autoriser à entrer (indiquer à

*i* *THIS IS, THEREFORE, to authorize and require you to enter*

Jour & nuit

(quelles heures) dans les dits lieux et à  
rechercher les dites choses  
(*indicate time*) *j* (*indicate time*) *the said premises, and to*  
*search for the said things*

et les rapporter devant moi ou tout autre juge pour le district

and to bring them before me, or some other Judge of the Peace for the district

Donné sous mon seing à Montreal District Montreal  
Given under my seal at \_\_\_\_\_ District of \_\_\_\_\_

le  
on the [TRANSLATION] May 4, 1978

\_\_\_\_\_  
J.S.P./Juge de Paix

[TRANSLATION] acting in and for the province of Quebec

#### RETURNABLE

We do not know the wording of the information that led respondent justice of the peace to authorize the search and seizure of the documents described in the warrant; however, at the hearing counsel agreed to admit for purposes of this appeal that the contents of the information were as set out in the warrant.

The syndic of the Bar\* intervened when the warrant was being executed and, as a result, the two mis en cause police officers did not search the premises, but agreed to receive, without even examining them, since they were in a sealed envelope, documents they were told were those they were looking for. No one has yet seen what the envelope contains, not even the judges of this Court, and everyone agreed not to open the envelope before being authorized to do so by a judgment of this Court. All are agreed, moreover, that it contains two forms completed by Marcellin Ledoux and by a lawyer employed by the Centre communautaire juridique de Montréal [Montreal Community Legal Centre], together with a notice of refusal, and that the information contained in this application for legal aid concerns the matters found in the following printed form:

\* The syndic of the Bar, in the province of Quebec, is a full-time officer of the Bar whose duties are described at s. 75 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q. 1977, c. B-1, which reads as follows:

75. (1) The syndic, of his own initiative or at the request of the General Council of the Executive Committee shall make an inquiry into the conduct of any member of the Bar.

(2) The syndic shall also make an inquiry respecting every person requesting admission or readmission to the Bar.

(3) The syndic shall deal with disputes between an advocate and any person and shall endeavour to reconcile them.

(4) The syndic shall ensure the inspection of the trust accounts prescribed by the by-laws.

and to bring them before me, or some other Judge of the Peace for the district

Donné sous mon seing à Montreal District Montreal  
Given under my seal at \_\_\_\_\_ District of \_\_\_\_\_

le 4 Mai 1978  
on the

\_\_\_\_\_  
J.S.P./Juge de Paix

agissant dans et pour la Province de Québec

#### RAPPORTABLE

On ignore la teneur de la dénonciation qui a amené le juge de paix, l'intimé, à autoriser la fouille et la saisie des documents décrits au mandat; mais à l'audience les plaideurs ont convenu de reconnaître pour les fins de ce pourvoi que les renseignements contenus à la dénonciation étaient ceux que l'on retrouve au mandat.

Le syndic du Barreau\* est intervenu au moment de l'exécution et les deux policiers mis en cause n'ont pas fouillé les lieux se contentant de recevoir, sans même les vérifier, puisque sous enveloppe cachetée, des documents qu'on leur a dit être ceux qu'ils cherchaient. Personne d'ailleurs n'a encore pris connaissance de ce que contient l'enveloppe, y compris les juges de cette Cour, et tous ont accepté de ne point le faire avant qu'un jugement de cette Cour ne les y autorise. Tous conviennent, par ailleurs, qu'il s'agit de deux formules complétées par le dénommé Marcellin Ledoux et par un avocat préposé du Centre communautaire juridique de Montréal, ainsi que d'un avis de refus, et que les renseignements contenus à cette demande d'aide juridique traitent des sujets que l'on retrouve à la formule imprimée qui suit:

\* Dans la province de Québec, le syndic du Barreau est officier du Barreau à temps complet et ses fonctions sont décrites à l'art. 75 de la *Loi sur le Barreau du Québec*, L.R.Q. 1977, chap. B-1 dont voici le texte:

75. 1. Le syndic, de sa propre initiative ou à la demande du Conseil général ou du Comité administratif, fait enquête sur la conduite de tout membre du Barreau.

2. Le syndic fait aussi enquête sur toute personne qui demande son admission ou sa réadmission au Barreau.

3. Le syndic connaît des différends entre un avocat et toute personne et il s'emploie à les concilier.

4. Le syndic assure l'inspection des comptes en fidéicomis prévue par les règlements.



|   |   |   |                           |   |                                 |   |                          |   |                                     |   |
|---|---|---|---------------------------|---|---------------------------------|---|--------------------------|---|-------------------------------------|---|
| VERSEMENTS<br>MENSUELS  | LOYER   | HYPOTHÈQUE  | MEUBLES                   | ALIMENTS  | VÊTEMENTS                       | AUTOMOBILE  | EMPRUNTS                 | AUTRES  | TOTAL DES<br>VERSEMENTS<br>MENSUELS |   |
| \$  | \$  | \$  | \$                        | \$  | \$                              | \$  | \$                       | \$  | \$                                  |   |
| FAILLITE  | <input type="checkbox"/> OUI <input type="checkbox"/> NON | DÉPÔT VOLONTAIRE  |                           | <input type="checkbox"/> OUI <input type="checkbox"/> NON | MONTANT                         | NUMÉRO  | \$                       |   |                                     |   |
| NATURE DU DOSSIER   |   |   |                           |   |                                 |   |                          |   | CODE                                |   |
| JE DÉCLARE QUE CES RENSEIGNEMENTS SONT VRAIS ET JE M'ENGAGE À INFORMER VOTRE BUREAU OU CORPORATION DE TOUT<br>CHANGEMENT DANS MA SITUATION ÉCONOMIQUE.<br>JE SUIS INFORMÉ DE MON DROIT D'ÊTRE REPRÉSENTÉ PAR L'AVOCAT DE MON CHOIX ET J'AI CHOISI D'ÊTRE REPRÉSENTÉ PAR.<br><br>UN AVOCAT EMPLOYÉ PLEIN TEMPS DE LA CORPORATION <input type="checkbox"/> UN AVOCAT DE LA PRATIQUE PRIVÉE <input type="checkbox"/> |   |   |                           |   |                                 |   |                          |   |                                     |   |
| DATE  |   |   | SIGNATURE<br>DU REQUÉRANT |   |                                 | TEMOIN  |                          |   |                                     |   |
| ADMISSIBILITÉ   |   | VRAISEMBLANCE DE DROIT                                    |                           |   | À L'ENCONTRE DE<br>LA LOI NO 10 |   | RÉFÉRÉ À AUTRE<br>BUREAU |   | MANDAT CONFIE À (ART. 62)           | AVO. NOT  |
| ÉCONOMIQUEMENT  |   | DUI   |                           | URGENCE   |                                 | <input type="checkbox"/> OUI <input type="checkbox"/> NON |                          | <input type="checkbox"/> OUI <input type="checkbox"/> NON |                                     | <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> |
| <input type="checkbox"/> OUI <input type="checkbox"/> NON   |   | <input type="checkbox"/> OUI <input type="checkbox"/> NON |                           | <input type="checkbox"/> OUI <input type="checkbox"/> NON |                                 | <input type="checkbox"/> OUI <input type="checkbox"/> NON |                          | NOM   |                                     | B   |
| EN<br>DEMANDE   | EN<br>OFFENSE   | EN<br>CONSULTATION  | DROIT<br>CRIMINEL         | DROIT<br>CIVIL  | DOSSIER<br>CLOS                 | DATE  |                          | SIGNATURE DE L'AVOCAT AU DOSSIER                          |                                     | AVOCAT NO   |
| <input type="checkbox"/>  | <input type="checkbox"/>                                  | <input type="checkbox"/>                                  | <input type="checkbox"/>  | <input type="checkbox"/>                                  | <input type="checkbox"/>        |   |                          |   |                                     |   |

S-3 (REV 3-75)

NOTES PROFESSIONNELLES AU VERSO

DOSSIER

It should be noted that at the bottom of the form the lawyer is asked to enter his "professional notes" on the back of the document.

This form must be completed by those applying for legal aid. This is a requirement of the Act (*Legal Aid Act*, R.S.Q. 1977, c. A-14).

64. An application for legal aid must set forth the financial condition of the applicant and the basis of his claim, all the information determined in the regulations and any additional relevant information required by the corporation.

This requirement is aimed at allowing the bureau director to determine whether an applicant is eligible having regard to s. 63 of the same Act, the pertinent part of which reads as follows:

63. The general manager shall, within the scope of the regulations, grant legal aid to any economically underprivileged person establishing the probable existence of a right.

Those who do not comply with the requirement will be deprived of the services of a lawyer paid by the bureau, in the same way as those who do not meet the eligibility criteria.

<sup>1</sup> I have added the letters A and B for convenience of reference later in these reasons.

Il est à noter, l'indication tout au bas de la formule que l'avocat est invité à consigner au verso du document ses «notes professionnelles».

Cette formule doit être remplie par le requérant d'aide juridique. C'est une exigence de la loi, (*Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q. 1977, chap. A-14).

64. Une demande d'aide juridique doit exposer l'état financier du requérant et le fondement de son droit, contenir tous les renseignements déterminés par règlement ainsi que les renseignements supplémentaires pertinents requis par la corporation.

Cette exigence a pour but de permettre au dirigeant du bureau de décider de l'éligibilité du requérant en regard de l'art. 63 de la même loi, dont voici la partie pertinente:

63. Le directeur général doit, dans le cadre des règlements, accorder l'aide juridique à une personne économiquement défavorisée qui établit la vraisemblance d'un droit.

Celui qui ne s'y soumet pas se verra privé des services d'un avocat payé par le bureau, et ce tout autant que celui qui n'aura pas satisfait aux critères d'éligibilité à l'aide.

<sup>1</sup> J'ai ajouté les lettres A et B pour commodité de référence plus loin dans ces motifs.

It should also be noted that the information on the first page of the form deals principally with the *financial situation of the applicant* for purposes of determining whether he is eligible for aid as an *economically underprivileged person*, and that the *professional notes on the reverse* concern the *probable existence of the basis of his claim*. These *professional notes* could very well record the applicant's account of the facts which lead him to apply for aid and on which the bureau will decide the *probable existence of the basis of his right*.

### IN THE SUPERIOR COURT

After the documents had been seized and sealed, Mr. Descôteaux and the legal aid bureau (le Centre communautaire juridique de Montréal) presented to a judge of the Superior Court, district of Montreal, a motion for the issuance of a writ of *certiorari* requesting that the seizure be quashed on the grounds of nullity and requesting the Superior Court judge to order the justice of the peace to return the sealed envelope and its contents to them.

The motion was dismissed, but the judge amended the wording of the warrant, stating that [TRANSLATION] "the words 'other documents concerning this case' should be struck out and no longer regarded as forming part of the said search warrant".

The Superior Court judge stated that he was of the view that solicitor-client privilege could be invoked as soon as confidentiality was threatened, "without waiting until the person or persons disregarding the privilege attempted to tender the information thus obtained as evidence". He found, however, that the documents seized were not privileged since they had been prepared before the solicitor-client relationship came into existence ([1978] C.S. 792, at p. 799):

[TRANSLATION] Returning now to the problem raised by applicants, I have come to the conclusion that the documents seized, namely two legal aid application forms and one refusal form, are not privileged. The application for legal aid is nothing more or less than a descriptive form filled out by a person wishing to obtain legal aid to let the organization know that he meets the eligibility requirements. There is no relationship at all

A noter aussi, que les renseignements de la première page de la formule ont trait principalement à l'*état financier du requérant* aux fins de déterminer si celui-ci est éligible à l'aide à titre de *personne économiquement défavorisée*, et que les *Notes professionnelles au verso* sont celles qui concernent le *fondement de son droit*. Ces *notes professionnelles* pourraient fort bien consigner la narration par le requérant des faits qui l'amènent à demander de l'aide et à partir desquels le bureau décidera de la *vraisemblance du fondement de son droit*.

### EN COUR SUPERIEURE

Suite à la saisie des documents et à l'apposition de scellés, maître Descôteaux et le bureau d'Aide juridique (le Centre communautaire juridique de Montréal) adressaient à un juge de la Cour supérieure du district de Montréal une requête pour *certiorari* demandant la cassation de la saisie pour cause de nullité, et requérant le juge de la Cour supérieure d'ordonner au juge de paix de leur remettre l'enveloppe scellée et son contenu.

La requête fut rejetée sauf que le juge modifiait la teneur du mandat en disant que «les mots 'autres documents concernant cette cause' devront être biffés et ne plus être considérés comme faisant partie dudit mandat de perquisition».

Le juge de la Cour supérieure s'est dit d'avis que l'on pouvait invoquer le privilège client-avocat dès que la confidentialité était mise en péril et ce «sans attendre la décision de celui ou ceux qui voudraient l'ignorer, d'utiliser en preuve l'information ainsi obtenue». Il concluait par ailleurs que les documents saisis n'étaient pas privilégiés puisque préparés antérieurement à la naissance de la relation client-avocat ([1978] C.S. 792, à la p. 799):

Revenant maintenant au problème soulevé par les requérants, j'en viens à la conclusion que les documents saisis, soit deux formules de demande d'aide juridique et une formule de refus, ne sont pas des documents assujettis à la protection du privilège. En effet, cette demande d'aide juridique est, ni plus ni moins, qu'une forme de fiche signalétique complétée par celui qui désire obtenir l'aide juridique pour informer cet organisme qu'il satis-

between the information contained in this form, which deals with the applicant's civil status, matrimonial status and financial situation, and the information he may provide to his counsel in order to obtain legal advice or representation in litigation. Moreover, there is not even a solicitor-client relationship at the time this form is completed, and the retainer does not come into existence until the applicant has been accepted by the appropriate authority, which, in so doing, will have decided that he meets the eligibility requirements. It is only after this administrative decision has been made that there will be created between the applicant citizen and the legal aid lawyer this type of privileged relationship that is scrupulously protected by the common law.

I am unable to arrive at any other conclusion, since it seems clear to me that these documents are records of an administrative nature that are necessary precisely because of the nature of the services sought by the applicant. Finally, I think that the "declaration" which the applicant must sign in the presence of a witness and which appears at the bottom of the "application for legal aid" confirms my opinion that this document is not privileged:

I declare that this information is true and I undertake to inform your bureau or corporation of any change in my economic situation.

I have been informed of my right to be represented by a lawyer of my choice and I have chosen to be represented by:

A lawyer employed full-time by the corporation/a lawyer in private practice.

There is not yet any solicitor-client relationship; at the very most the applicant has expressed his desire to have a lawyer who is employed by the legal aid bureau or a private practitioner, without any further information concerning his identity. Moreover, the undertaking by the applicant to inform the "bureau" or the "corporation" of any change in his economic situation indicates most clearly, in my view, that this type of information is not regarded by the applicant himself as confidential or as forming part of the consultation or legal advice sought from a lawyer whose identity he does not yet know. This seems to me sufficient to dispose of the case of the legal aid application forms, and the same comments apply, it goes without saying, to the notice of refusal. These documents, owing to their very nature and to the position the citizen is in when they are filled out, do not fall within the category of privileged communications . . .

(Emphasis added.)

fait les critères d'admissibilité. Il n'y a aucune espèce de relation entre les renseignements contenus à cette formule et qui portent sur l'état civil, le statut matrimonial et la situation financière du requérant par rapport aux informations qu'il fournirait à son procureur pour obtenir un avis légal ou pour assurer sa représentation lors d'un litige. Bien plus, il n'y a même pas de relation avocat-client au moment où cette formule est complétée et le mandat ne prendra naissance qu'une fois que le requérant aura été accepté par l'autorité compétente qui, par le fait même, aura décidé qu'il satisfait les critères d'admissibilité. Ce n'est qu'à la suite de cette décision administrative que s'établira, entre le citoyen requérant et l'avocat de l'Aide juridique, ce type de relation privilégiée scrupuleusement protégée par le droit commun.

Il m'est impossible d'en venir à toute autre solution tellement il m'apparaît clair que ces documents constituent des fiches de nature administrative dont la nécessité me semble apparente à cause, précisément, de la nature des services sollicités par le requérant. Enfin, je crois que la 'déclaration', que le requérant doit signer en présence d'un témoin et dont le texte se retrouve au bas de cette 'demande d'aide juridique', confirme mon opinion que ce document n'est pas privilégié:

Je déclare que ces renseignements sont vrais et je m'engage à informer votre bureau ou corporation de tout changement dans ma situation économique.

Je suis informé de mon droit d'être représenté par l'avocat de mon choix et j'ai choisi d'être représenté par:

Un avocat employé plein temps de la Corporation un avocat de la pratique privée.

Il n'y a pas encore de relation client-avocat; tout au plus, le requérant a-t-il manifesté son désir d'avoir un avocat, salarié du bureau d'Aide juridique, ou un praticien privé, sans plus d'information sur son identité. Par ailleurs, l'engagement pris par le requérant d'informer le 'bureau' ou la 'corporation' de tout changement à sa situation économique démontre, à mon sens, de façon ne peut plus limpide, que ce type d'information n'est pas considéré confidentiel par le requérant lui-même non plus que faisant partie de la consultation ou de l'avis légal sollicité d'un avocat dont il ne connaît pas encore l'identité. Ceci me semble suffisant pour disposer du cas des formules de demande d'aide juridique et les mêmes commentaires valent, il va sans dire, pour l'avis de refus. Ces documents, de par leur nature même et la situation où se trouve le citoyen, lorsqu'ils sont complétés, ne tombent pas dans la catégorie des communications privilégiés . . .

(C'est moi qui souligne.)

Finally, I repeat, the Superior Court judge amended the warrant by striking out the words "other documents concerning this case" on the ground that the authorization to search and seize conferred by those words was too general and imprecise.

#### IN THE COURT OF APPEAL

The Court of Appeal adopted the conclusions of the Superior Court judge, together with his reasons. To these Bélanger J.A. added on behalf of the Court that in any event solicitor-client privilege could not have operated to protect the communication, since the latter was precisely what had been resorted to in order to mislead a representative of the legal aid bureau. On that matter, he stated the following:

[TRANSLATION] In the case at bar the communications or documents that are alleged to be confidential are those referred to in the charge as having been used in the commission of the offence in question. Apart from common law principles, they are no more privileged than if the same information and documents had been used to mislead the lawyer himself in order to fraudulently obtain his services on special terms. In either case I do not think that false communications made to the eventual victim who will have to bear the cost of the services are confidential in any way. In short, a communication made to a representative of the Commission des services juridiques [Legal Services Commission] is in no way confidential if it is an element of an offence committed to the latter's prejudice, since in such circumstances there is no confidentiality between solicitor and client.

I think that at this point I should state my findings in the case at bar; I shall give reasons for them later.

In my view it was correctly decided that it is not necessary to wait for the trial or preliminary inquiry at which the communication is to be adduced or sought in evidence before raising its confidentiality. With all due respect for the opposite view, I am of the opinion, however, that in principle information concerning one's financial means the basis of the claim, and any other information required by the corporation or the regulations (*Legal Aid Act*, s. 64) which a person applying for legal aid must provide in order to obtain the services of a

Enfin, je le répète, le juge de la Cour supérieure modifiait le mandat en biffant la mention «autres documents concernant cette cause» du fait que l'autorisation de fouiller et de saisir qui en résultait était «fautive parce que trop générale et imprécise».

#### EN COUR D'APPEL

La Cour d'appel fit siennes les conclusions du juge de la Cour supérieure ainsi que ses raisons. À celles-ci, M. le juge Bélanger ajouta, au nom de la Cour, que de toute façon le privilège avocat-client n'avait pu jouer pour protéger la communication, puisque celle-ci avait précisément servi à tromper un représentant du bureau d'Aide juridique; il s'en exprime comme suit:

Dans l'espèce, les communications ou documents dont on invoque le caractère confidentiel sont ceux allégués dans l'inculpation comme ayant servi à la commission de l'infraction reprochée. Indépendamment des principes de la Common Law, ils ne jouissent pas plus du privilège de confidentialité que si les mêmes informations et documents avaient servi à tromper l'avocat lui-même pour obtenir de lui frauduleusement ses services à des conditions spéciales. Dans un cas comme dans l'autre, je ne crois pas que les fausses communications faites à la victime éventuelle qui aura à assumer le coût des services jouissent d'aucun caractère confidentiel. En somme, une communication faite à un représentant de la Commission des services juridiques, si elle est un élément d'une infraction commise au préjudice de celle-ci, ne jouit d'aucun caractère confidentiel puisque dans de semblables circonstances il n'en existe pas entre client et avocat.

Je crois utile d'énoncer dès maintenant mes conclusions en l'espèce, quitte à les motiver par après.

A mon avis, c'est avec raison qu'il a été décidé qu'on ne doit pas nécessairement attendre la tenue du procès ou de l'enquête préliminaire où la communication est offerte ou sollicitée en preuve pour faire valoir la confidentialité de celle-ci. Avec respect pour l'opinion contraire, j'estime cependant que, en principe, les renseignements ayant trait à l'état financier ainsi que ceux concernant le fondement du droit et tous autres requis par la corporation ou par règlement (*Loi sur l'aide juridique*, art. 64) qu'un requérant d'aide juridique doit four-



lawyer is, except in the exceptional cases I shall deal with later, privileged. I share the opinion of the Quebec Court of Appeal, however, that, in the case at bar, the information concerning Marcellin Ledoux's financial means had lost the benefit of being privileged since, as alleged in the search warrant, it was communicated with a view to criminally obtaining a benefit and, consequently, fell within one of the common law exceptions to the principle of privilege. But since it is alleged that the crime was committed by means of false pretences only with respect to the applicant's financial means, the professional notes, which concern the basis of his claim, remain privileged.

I do not intend to repeat here everything that others have said, on numerous occasions and very clearly and completely, about solicitor-client privilege, or about the issuance and execution of search warrants.

I think, however, that I should make a few remarks about the existence and effects of a person's right to have his communications with his lawyer kept confidential; I shall then deal more particularly with the search power provided for in the *Criminal Code*.

#### THE RIGHT TO CONFIDENTIALITY

It is not necessary to demonstrate the existence of a person's right to have communications with his lawyer kept confidential. Its existence has been affirmed numerous times and was recently reconfirmed by this Court in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, where Dickson J. stated (at p. 839):

One may depart from the current concept of privilege and approach the case on the broader basis that (i) the right to communicate in confidence with one's legal adviser is a fundamental civil and legal right, founded upon the unique relationship of solicitor and client, and (ii) a person confined to prison retains all of his civil rights, other than those expressly or impliedly taken from him by law.

(Emphasis added.)

nir pour obtenir les services d'un avocat sont, sauf les cas d'exception dont je traite plus loin, privilégiés. Je partage par ailleurs l'avis de la Cour d'appel du Québec que, en l'espèce, les renseignements ayant trait aux moyens financiers de Marcellin Ledoux avaient perdu le bénéfice du privilège de confidentialité puisque, eu égard au libellé du mandat de perquisition, ils auraient été communiqués dans le but d'obtenir criminellement un avantage et, de ce fait, relèvent d'une des exceptions au principe du privilège prévues par la *common law*. Par ailleurs, comme il est allégué que le crime n'aurait été commis par des faux semblants que quant à l'état financier du requérant, les notes professionnelles, qui concernent le fondement de son droit, demeurent privilégiées.

Je n'ai pas l'intention de reprendre ici tout ce que d'autres, à maintes occasions et de façon fort claire et complète, ont eu à dire pour décrire le privilège du client de l'avocat, ou encore au sujet de la délivrance et de l'exécution des mandats de perquisition.

Je crois cependant opportun d'apporter quelques précisions au sujet de l'existence et des effets du droit de la personne au respect de la confidentialité de ses communications avec son avocat; j'en traiterai ensuite plus particulièrement quant au pouvoir de perquisition prévu au *Code criminel*.

#### LE DROIT A LA CONFIDENTIALITE

Il n'est pas nécessaire de procéder à la démonstration de l'existence du droit d'une personne à la confidentialité des communications avec son avocat. Maintes fois affirmée, son existence a été tout récemment confirmée à nouveau par cette Cour dans *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, où M. le juge Dickson disait (à la p. 839):

On peut s'écarter de la notion actuelle du privilège et aborder l'affaire dans une optique plus large, savoir, (i) le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique est un droit civil fondamental, fondé sur la relation exceptionnelle de l'avocat avec son client et (ii) une personne emprisonnée conserve tous ses droits civils autres que ceux dont elle a été expressément ou implicitement privée par la loi.

(C'est moi qui souligne.)

There is no denying that a person has a right to communicate with a legal adviser in all confidence, a right that is “founded upon the unique relationship of solicitor and client” (*Solosky, supra*). It is a personal and extra-patrimonial right which follows a citizen throughout his dealings with others. Like other personal, extra-patrimonial rights, it gives rise to preventive or curative remedies provided for by law, depending on the nature of the aggression threatening it or of which it was the object. Thus a lawyer who communicates a confidential communication to others without his client’s authorization could be sued by his client for damages; or a third party who had accidentally seen the contents of a lawyer’s file could be prohibited by injunction from disclosing them<sup>2</sup>.

Owing to its importance, in addition to these general remedies available to the holder, various statutes, both federal and provincial, recognize this right by giving it additional, specific protection.

These include, for example, statutes governing the practice of the profession of barrister or advocate (in Quebec, the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q. 1977, c. B-1, s. 131)<sup>3</sup> and certain provincial charters of rights (in Quebec, the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, s. 9)<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> I am dealing here generally with the effects of the right to confidentiality. In its present state, the rule of evidence, which I shall discuss later, would not prohibit a third party from making such a disclosure (see 8 Wigmore, *Evidence*, at pp. 633 and 634 - McNaughton rev. 1961).

<sup>3</sup> 131. (1) An advocate must keep absolutely secret the confidences made to him by reason of his profession.

(2) Such obligation, however, shall not apply when the advocate is expressly or implicitly relieved therefrom by the person who made such confidences to him.

<sup>4</sup> 9. Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected.

En effet, il est incontestable que s’attache à la personne un droit de communiquer en toute confiance avec un conseiller juridique, droit qui est «fondé sur la relation exceptionnelle de l’avocat avec son client» (*Solosky*, précité). C’est un droit personnel et extra-patrimonial qui accompagne le citoyen dans ses rapports avec les autres. Il donne ouverture, tout comme les autres droits personnels extra-patrimoniaux, aux recours préventifs ou curatifs que le droit prévoit selon la nature de l’agression qui le menace ou dont il a été l’objet. Ainsi, pourrait être poursuivi en dommages par son client l’avocat qui communiquerait à d’autres sans son autorisation une communication confidentielle; ou encore, pourrait être frappé d’une injonction lui interdisant la divulgation du contenu du dossier d’un avocat le tiers qui par accident en aurait pris connaissance<sup>2</sup>.

A cause de son importance, outre ces recours généraux dont jouit son titulaire, différentes lois, tant fédérales que provinciales, reconnaissent ce droit en le protégeant de façon spécifique et supplémentaire.

Ainsi en est-il, à titre d’exemples, des lois qui gouvernent l’exercice de la profession d’avocat (au Québec, la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q. 1977, chap. B-1, art. 131)<sup>3</sup>, certaines chartes provinciales des droits (au Québec, la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 9)<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Je traite ici de façon générale des effets du droit à la confidentialité. Dans son état actuel la règle de preuve, dont je parlerai plus loin, ne l’interdirait pas à ce tiers-témoin (*vide*, 8 Wigmore, *Evidence*, aux pp. 633 et 634—McNaughton rev. 1961).

<sup>3</sup> 131. 1. L’avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu’il reçoit en raison de sa profession.

2. Cette obligation cède toutefois dans le cas où l’avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences.

<sup>4</sup> 9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu’ils n’y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d’office, assurer le respect du secret professionnel.

It is again owing to the importance of this right that certain statutes contain special provisions applicable in situations where, were it not for those special provisions, there would be undue interference with the right to confidentiality. An example of such concern for that right can be found in the safeguards set out in s. 232 of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63.

There is no doubt that this right belonging to a person in his dealings with others, including the State, is part of our Quebec public law as well as of the common law.

Although we recognize numerous applications of it today, the right to confidentiality did not first appear until the 16th century, and then did so as a rule of evidence (see, *inter alia*, *Berd v. Lovelace* (1577), 21 E.R. 33; *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53).

The rule of evidence is well known; it has often been stated. This Court referred to it again recently in *Solosky*. That decision sets out the conditions precedent to the existence of the privilege, as well as its limits and exceptions. It should be pointed out that the substantive conditions precedent to the existence of the privilege, which the judges have gradually established and defined, are in fact the substantive conditions precedent to the existence of the right to confidentiality, the former being merely the earliest manifestation of the latter. There is no need to list those conditions exhaustively here or to review all the nuances that have been developed by the courts over the years. It will be sufficient to review them in broad outline and to emphasize certain aspects of particular relevance to this appeal.

The following statement by Wigmore (8 Wigmore, *Evidence*, para. 2292 (McNaughton rev. 1961)) of the rule of evidence is a good summary, in my view, of the substantive conditions precedent to the existence of the right of the lawyer's client to confidentiality:

*Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in con-*

C'est toujours au regard de l'importance de ce droit que le législateur a prévu dans certaines lois un régime spécial lorsque celles-ci par leur application risqueraient, ne l'eût-il point fait, de lui porter indûment atteinte. Ainsi, encore à titre d'exemple, en est-il des ménagements que lui réserve la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 par l'art. 232.

S'attachant à la personne dans ses rapports avec tous autres, y compris avec l'Etat, il ne fait aucun doute que ce droit fait partie de notre droit public québécois ainsi que de la *common law*.

Quoique nous lui reconnaissons aujourd'hui de multiples effets, le droit à la confidentialité ne s'est d'abord manifesté qu'au XVI<sup>e</sup> siècle, et ce comme règle de preuve (voir entre autres *Berd v. Lovelace* (1577), 21 E.R. 33; *Dennis v. Codrington* (1580), 21 E.R. 53).

La règle de preuve est bien connue; elle a d'ailleurs été souvent énoncée. Encore récemment cette Cour y référerait dans la cause *Solosky*. On peut y trouver l'énoncé des conditions d'existence du privilège, de ses limites, et de ses exceptions. Il importe de signaler que les conditions de fond du privilège que les juges ont graduellement énoncées et précisées sont de fait les conditions de fond du droit à la confidentialité, celui-là n'étant que la manifestation la plus ancienne de celui-ci. Il n'y a pas lieu de les énoncer ici de façon exhaustive ni non plus de rappeler toutes les nuances que les tribunaux leur ont apportées au cours des ans. Il suffit d'en rappeler les grandes lignes et de souligner certaines facettes particulièrement pertinentes à ce pourvoi.

L'énoncé suivant que faisait Wigmore (8 Wigmore, *Evidence*, par. 2292 (McNaughton rev. 1961)) de la règle de preuve résume bien à mon avis les conditions de fond de l'existence du droit à la confidentialité du client de l'avocat:

[TRADUCTION] *Les communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique en qualité, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir*

*fidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except the protection be waived.*

Seeking advice from a legal adviser includes consulting those who assist him professionally (for example, his secretary or articling student) and who have as such had access to the communications made by the client for the purpose of obtaining legal advice.

There are exceptions. It is not sufficient to speak to a lawyer or one of his associates for everything to become confidential from that point on. The communication must be made to the lawyer or his assistants in their professional capacity; the relationship must be a professional one at the exact moment of the communication. Communications made in order to facilitate the commission of a crime or fraud will not be confidential either, regardless of whether or not the lawyer is acting in good faith.

#### THE SUBSTANTIVE RULE

Although the right to confidentiality first took the form of a rule of evidence, it is now recognized as having a much broader scope, as can be seen from the manner in which this Court dealt with the issues raised in *Solosky*.

*Solosky* was an inmate at Millhaven penitentiary. He was seeking a declaration that henceforth all properly identified items of solicitor-client correspondence would be forwarded to their respective destinations unopened.

The inmates' right to confidentiality conflicted with the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, and more particularly with Regulation 2.18 of the *Penitentiary Service Regulations*, allowing the director of the institution to order censorship of correspondence to the extent considered necessary

*un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation par le client ou le conseiller juridique, sous réserve de la renonciation à cette protection.\**

<sup>a</sup> Consulter un conseiller juridique inclut la consultation de ceux qui l'assistent de façon professionnelle (v.g. sa secrétaire, son stagiaire) et qui ont eu comme tel accès aux communications faites par le client dans le but d'obtenir un avis juridique.

Il y a des exceptions. Il ne suffit pas de parler à un avocat ou l'un de ses collaborateurs pour que dès lors tout soit confidentiel. Il faut que la communication soit faite à l'avocat ou à ses collaborateurs en leur qualité professionnelle; la relation, au moment précis de la communication, doit être de nature professionnelle. Ne seront pas non plus confidentielles les communications faites dans le but de perpétrer plus facilement un crime ou une fraude, et ce, que l'avocat soit de bonne ou mauvaise foi.

#### LA REGLE DE FOND

Quoique le droit à la confidentialité ne se soit d'abord manifesté que comme règle de preuve, on s'entend aujourd'hui pour lui reconnaître une portée beaucoup plus grande. A témoin, la façon de cette Cour d'aborder les questions posées dans le pourvoi *Solosky*.

*Solosky* était un détenu du pénitencier Millhaven. Il cherchait à faire déclarer que, désormais, toute la correspondance valablement identifiée comme échangée entre les avocats et leurs clients détenus devait être remise aux destinataires sans être ouverte.

<sup>h</sup> Le droit à la confidentialité des détenus entraine en conflit avec la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, c. P-6 et plus particulièrement avec l'art. 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers* habilitant le directeur de l'institution à ordonner la censure de la correspondance selon les modalités

\* Cette traduction de l'anglais au français du texte de Wigmore diffère de celle publiée dans nos *Recueils de la Cour suprême*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 835 dans *Solosky*. Ceci tient en partie au fait que, la citation en anglais de Wigmore dans *Solosky* étant inexacte, la traduction française, parce que fidèle au texte cité, l'est tout autant.

or desirable for the security of the institution. On behalf of this Court Dickson J. stated the following (at p. 841):

Counsel for the Crown submits there are three alternative interpretations of the scope of Regulations 2.17 and 2.18 which may govern the extent of the authority of the institutional head in dealing with an envelope which appears to have originated from a solicitor, or to be addressed to a solicitor, in circumstances where the institutional head has reason to believe that the unrestricted and unexamined passage of mail to or from the particular inmate in question represents a danger to the safety and security of the institution:

- (a) he may nonetheless permit the letter to be delivered unopened and unexamined to the inmate;
- (b) he may suspend the inmate's privilege to receive mail, in respect of that letter, pursuant to sections 2.17 and 2.18 of the *Penitentiary Service Regulations*.
- (c) he may order that the envelope be subject to opening and examination to the minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege.

Counsel contends that to interpret the Regulations as requiring the first of these alternatives is to leave the institutional head without the authority he requires to control the potential passage of contraband, or of correspondence which may endanger the safety of the institution, under the guise of confidential communications passing between inmate and solicitor. I agree. I would also reject the second as providing no solution. I agree that the third alternative represents that interpretation of the scope of the Regulations which permits to an inmate the maximum opportunity to communicate with his solicitor through the mails that is consistent with the requirement to maintain the safety and security of the institution.

In my view, the "minimum extent necessary to establish whether it is properly the subject of solicitor-client privilege" should be interpreted in such manner that (i) the contents of an envelope may be inspected for contraband; (ii) in limited circumstances, the communication may be read to ensure that it, in fact, contains a confidential communication between solicitor and client written for the purpose of seeking or giving legal advice; (iii) the letter should only be read if there are reasonable and probable grounds for believing the contrary, and then only to the extent necessary to determine the *bona fides* of the communication; (iv) the authorized penitentiary official who examines the envelope, upon ascertaining that the envelope contains nothing in breach of

tenues pour nécessaires ou utiles à la sécurité de l'institution. Au nom de cette Cour M. le juge Dickson tenait les propos suivants (à la p. 841):

L'avocat du ministère public fait valoir trois interprétations possibles de la portée des art. 2.17 et 2.18 du Règlement qui peuvent déterminer l'étendue du pouvoir du chef d'une institution face à une enveloppe qui paraît provenir d'un avocat ou lui être adressée, dans les cas où il a des motifs de croire que la transmission sans restriction et sans examen du courrier adressé à un détenu en particulier ou envoyé par ce dernier présente un risque pour la sécurité et la sûreté de l'institution:

- a) il peut quoi qu'il en soit permettre que la lettre soit livrée au détenu sans avoir été ouverte et examinée;
- b) il peut suspendre le privilège du détenu de recevoir du courrier, relativement à cette lettre, conformément aux articles 2.17 et 2.18 du *Règlement sur le service des pénitenciers*;
- c) il peut ordonner que l'enveloppe soit ouverte et examinée dans la mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client.

L'avocat fait valoir qu'appliquer la première interprétation au Règlement revient à enlever au chef de l'institution le pouvoir dont il a besoin pour contrôler la transmission éventuelle d'objets de contrebande ou de courrier qui puisse mettre en danger la sécurité de l'institution, sous le couvert du caractère confidentiel des communications entre un détenu et son avocat. Je suis d'accord. Je suis également d'avis de rejeter la deuxième interprétation parce qu'elle n'offre aucune solution. Je conviens que la troisième présente l'interprétation de la portée du Règlement qui donne à un détenu le maximum de possibilités de communiquer avec son avocat par courrier, tout en étant compatible avec le maintien de la sécurité de l'institution.

A mon avis, la « mesure minimale jugée nécessaire pour établir si son contenu relève effectivement du privilège entre avocat et client » doit être interprétée de manière que (i) le contenu d'une enveloppe puisse être inspecté pour déceler la contrebande, (ii) dans des cas limités, la communication puisse être lue pour s'assurer qu'elle renferme effectivement une communication à caractère confidentiel entre l'avocat et son client aux fins de consultation ou d'avis juridiques; (iii) la lettre ne soit lue que s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire le contraire et, dans ce cas, uniquement dans la mesure nécessaire pour déterminer la bonne foi de la communication; (iv) le fonctionnaire compétent du pénitencier qui examine l'enveloppe, après s'être assuré

security, is under a duty at law to maintain the confidentiality of the communication. Paragraph 7c. of Directive 219 underlines this point.

It is quite apparent that the Court in that case applied a standard that has nothing to do with the rule of evidence, the privilege, since there was never any question of testimony before a tribunal or court. The Court in fact, in my view, applied a substantive rule, without actually formulating it, and, consequently, recognized implicitly that the right to confidentiality, which had long ago given rise to a rule of evidence, had also since given rise to a substantive rule.

It would, I think, be useful for us to formulate this substantive rule, as the judges formerly did with the rule of evidence; it could, in my view, be stated as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

que cette dernière ne renferme rien qui enfreigne la sécurité, ait l'obligation légale de garder la communication confidentielle. L'alinéa 7c. de la directive n° 219 souligne ce point.

De toute évidence la Cour, dans cette cause, appliquait une norme qui n'a rien à voir avec la règle de preuve, le privilège, puisqu'en rien n'y était-il question de témoignages devant un tribunal quelconque. En fait la Cour, à mon avis, appliquait, sans par ailleurs la formuler, une règle de fond et, par voie de conséquence, reconnaissait implicitement que le droit à la confidentialité, qui avait depuis déjà longtemps donné naissance à une règle de preuve, avait aussi depuis donné naissance à une règle de fond.

Il est, je crois, opportun que nous formulions cette règle de fond, tout comme l'ont fait autrefois les juges pour la règle de preuve; elle pourrait, à mon avis, être énoncée comme suit:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. A moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement.

### THE RULE OF EVIDENCE

The rule of evidence is formulated by Cross (*Cross on Evidence*, 5th ed., 1979) as follows (at p. 282):

In civil and criminal cases, confidential communications passing between a client and his legal adviser need not be given in evidence by the client and, without the client's consent, may not be given in evidence by the legal adviser in a judicial proceeding . . .

The rule of evidence does not in any way prevent a third party witness (I am referring here to someone other than an agent of the client or the lawyer) from introducing in evidence confidential communications made by a client to his lawyer. It is important to note, however, that before allowing such evidence to be introduced and in determining to what extent to allow it, the judge must satisfy himself, through the application of the substantive rule (No. 3), that what is being sought to be proved by the communications is important to the outcome of the case and that there is no reasonable alternative form of evidence that could be used for that purpose.

### CONFIDENTIALITY IN THE CASE AT BAR

In the case at bar the principal issue is to determine when the solicitor-client relationship, which confers the confidentiality protected by the substantive rule and the rule of evidence, arises.

The Superior Court judge, as we have seen, was of the view that this relationship, and consequently the right to confidentiality, did not arise until the legal aid applicant had been accepted, that is, until the retainer was established.

When dealing with the right to confidentiality it is necessary, in my view, to distinguish between the moment when the retainer is established and the moment when the solicitor-client relationship arises. The latter arises as soon as the potential client has his first dealings with the lawyer's office in order to obtain legal advice.

The items of information that a lawyer requires from a person in order to decide if he will agree to

### LA REGLE DE PREUVE

Quant à la règle de preuve, elle est énoncée par Cross (*Cross on Evidence*, 5<sup>e</sup> éd., 1979) comme suit (à la p. 282):

[TRADUCTION] Dans les affaires civiles et criminelles, un client n'est pas tenu de témoigner à propos des communications confidentielles échangées entre lui et son conseiller juridique et, sans le consentement de son client, le conseiller juridique ne peut déposer à leur sujet dans une procédure judiciaire . . .

La règle de preuve ne fait point obstacle à la mise en preuve par un tiers-témoin (je parle ici d'une personne autre qu'un agent du client ou de l'avocat) des communications confidentielles d'un client avec son avocat. Il importe cependant de souligner que le juge, avant de le permettre et dans la détermination de la mesure dans laquelle il le permettrait, devra, par l'application de la règle de fond (n° 3), se satisfaire que ce que l'on cherche à prouver par les communications est important pour le sort de la cause et que ne s'offre pas, comme moyen de preuve à cette fin, d'alternative raisonnable.

### LA CONFIDENTIALITE EN L'ESPECE

En l'espèce, la question principale est celle de déterminer le moment où prend naissance la relation de client-avocat qui confère dès après le caractère de confidentialité que protègent la règle de fond et la règle de preuve.

Le juge de la Cour supérieure, comme on le sait, ne voyait naître la relation, et par voie de conséquence le droit à la confidentialité, qu'à compter du moment où le requérant d'aide juridique était accepté, c.-à-d. qu'au moment de la formation du mandat.

Il faut, à mon avis, en regard du droit à la confidentialité, distinguer entre le moment de la formation du mandat et celui où prend naissance la relation client-avocat. Cette dernière prend naissance dès les premières démarches que fait le client virtuel auprès du bureau de l'avocat en vue d'obtenir un avis juridique.

Les renseignements que requiert un avocat d'une personne pour décider s'il acceptera de la conseil-

advise or represent him are just as much communications made in order to obtain legal advice as any information communicated to him subsequently. It has long been recognized that even if the lawyer does not agree to advise the person seeking his services, communications made by the person to the lawyer or his staff for that purpose are nonetheless privileged (*Minter v. Priest*, [1930] A.C. 558; *Phipson on Evidence*, 12th ed., 1976, p. 244, No. 589; 8 Wigmore, *Evidence* (McNaughton rev. 1961), p. 587, para. 2304).

Moreover, the same applies not only to information given before the retainer is perfected concerning the legal problem itself, but also to information concerning the client's ability to pay the lawyer and any other information which a lawyer is reasonably entitled to require before accepting the retainer. First, this information of an administrative nature is just as related to the establishment of the professional relationship as any other information; this is especially clear when, as in the case at bar, the legal aid applicant "must set forth his financial means . . . and the basis of his claim". In addition, information of this nature that a person gives his lawyer for that purpose may also be highly confidential and would have been kept secret by that person were it not for that person's need of the assistance of a legal adviser.

For example, the legal aid form requires the applicant to provide information concerning his dependants. A person could thus be forced to disclose to the legal aid bureau a paternity that had until then been kept secret, in order to establish his onerous financial obligations and consequently his limited means. One can imagine, given the form the applicant must complete, numerous other situations where the information given would be highly personal.

I therefore do not think that a distinction should be made between information that must be given in order to establish the probable existence of a valid claim and that given to establish eligibility from the point of view of financial means, since, on

ler ou de la représenter sont tout autant des communications faites dans le but d'obtenir un avis juridique que ceux qui lui seront communiqués par après. Il a été depuis longtemps reconnu que même si l'avocat n'accepte pas d'aviser la personne qui sollicite ses services, les communications faites à cette fin par cette personne à l'avocat ou à ses préposés n'en sont pas moins privilégiées (*Minter v. Priest*, [1930] A.C. 558; *Phipson on Evidence*, 12<sup>e</sup> éd., 1976, p. 244, n<sup>o</sup> 589; 8 Wigmore, *Evidence*, (McNaughton rev. 1961), p. 587, par. 2304).

De plus, il en est ainsi non seulement pour les renseignements antérieurs à la formation du mandat qui concernent le problème de droit lui-même, mais aussi pour ceux qui concernent la capacité du client de rémunérer l'avocat et tous autres renseignements qu'un avocat est raisonnablement en droit d'exiger avant d'accepter le mandat. D'abord, ces renseignements de nature administrative sont tout autant que les autres reliés à l'établissement de la relation professionnelle; on ne peut d'ailleurs en douter lorsque, comme en l'espèce, le requérant de l'aide juridique «doit exposer [son] état financier . . . et le fondement de son droit.» Ensuite, les renseignements de cette nature qu'une personne donne à cette fin à son avocat peuvent être eux aussi hautement confidentiels et seraient gardés secrets, n'était le besoin de cette personne d'être assistée d'un conseiller juridique.

A titre d'exemple, on voit que la formule d'aide juridique exige que le requérant fournisse des renseignements quant à ses dépendants. Or une personne pourrait être forcée à révéler au bureau d'aide juridique, afin d'établir ses lourdes obligations financières et par voie de conséquence ses moyens limités, une paternité jusqu'alors secrète. On pourrait imaginer, à partir de la formule que doit remplir le requérant, quantité d'autres situations où les renseignements recueillis seraient des plus intimes.

Je ne crois donc pas que l'on doive distinguer entre les renseignements obligatoirement donnés pour établir la vraisemblance du droit et ceux fournis pour établir l'éligibilité en regard des moyens financiers, puisque, d'une part, les rensei-



the one hand, information concerning the person's financial situation may be just as highly confidential as any other information and since, on the other hand, the fact of being unable to meet the eligibility requirements respecting financial means is no less fatal to the ability to obtain the services sought.

The issue we are concerned with was recently raised in Alberta in *R. v. Littlechild* (1979), 51 C.C.C. (2d) 406.

An individual was charged with having defrauded a store by using an N.S.F. cheque. In order to prove that the accused knew that his bank had ordered a suspension of all operations concerning his bank accounts and that consequently he knew that his cheque would not be honoured, the Crown wished to introduce in evidence communications that the accused had made previously to a legal aid bureau employee.

During an interview and on a form similar to the one involved in the case at bar, the accused had provided certain information concerning his financial means to this employee, who was not a lawyer, in order to establish his eligibility for the legal aid bureau's services. According to the Crown, part of this information dealt in particular with the fact that the accused knew that he no longer had access to the funds in his bank accounts.

The trial judge refused on his own motion to allow the Crown to introduce these communications in evidence.

The Attorney General appealed.

Laycraft J.A., rendering judgment on behalf of the Court of Appeal, stated the following (at pp. 411-12):

A number of cases establish the principle that solicitor-client privilege extends both to communications between the agents of a client and his solicitor and to communications between a client and agents of the solicitor. In *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. D. 675 at p. 682, Jessel, M.R., said:

The actual communication to the solicitor by the client is of course protected, and it is equally protected whether it is made by the client in person or is

gnements concernant la situation financière peuvent être tout autant que les autres de nature hautement confidentielle et que, d'autre part, le fait de ne pas satisfaire aux critères d'éligibilité quant à ses moyens financiers n'est guère moins fatal pour les services recherchés.

La question dont nous sommes saisis s'est soulevée récemment en Alberta dans la cause *R. v. Littlechild* (1979), 51 C.C.C. (2d) 406.

Un individu était accusé d'avoir fraudé un magasin par l'emploi d'un chèque sans provision. Afin de prouver que l'accusé savait que sa banque avait ordonné une cessation des opérations relatives à ses comptes bancaires et que, par conséquent, il savait que son chèque ne serait pas honoré, la Couronne a voulu mettre en preuve des communications que l'accusé avait faites auparavant à un préposé d'un bureau d'Aide juridique.

L'accusé, au cours d'une entrevue et au moyen d'une formule analogue à celle que l'on trouve dans le présent cas, avait fourni à ce préposé, qui n'était pas un avocat, certains renseignements quant à ses moyens financiers, afin d'établir son éligibilité aux services du bureau d'Aide juridique. Selon la Couronne, une partie de ces renseignements avaient trait plus particulièrement au fait que l'accusé savait qu'il n'avait plus accès aux fonds qui se trouvaient dans ses comptes bancaires.

Le juge président le procès a, *proprio motu*, refusé à la Couronne la mise en preuve de ces communications.

Le Procureur général s'est pourvu en appel.

M. le juge Laycraft, prononçant le jugement de la Cour d'appel, disait ce qui suit (aux pp. 411 et 412):

[TRADUCTION] Plusieurs décisions établissent le principe que le privilège des communications entre avocat et client s'étend aussi bien aux communications entre les représentants du client et son avocat qu'aux communications entre un client et des représentants de son avocat. Dans l'arrêt *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. D. 675 à la p. 682, le maître des rôles Jessel dit:

La communication même du client à son avocat est, cela va de soi, protégée; elle est également protégée si elle est faite par le client en personne ou pour lui par

made by an agent on behalf of the client, and whether it is made to the solicitor in person or to a clerk or subordinate of the solicitor who acts in his place and under his direction.

In *Lyell v. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1, Cotton, L.J.,  
said at p. 19:

But then this privilege is confined to that which is communicated to or by that man [the client] by or to the solicitors or their agents, or any persons who can be treated properly as agents of the solicitors. We have therefore thought it right, in order to prevent an evasion of what is the proper view of the law by the use of that word 'agents,' to require that the Defendant shall put in a further affidavit stating whether the agents mentioned were his agents, or whether they were the agents of the solicitors and persons so employed by the solicitor as to be his agents, including such agents as every solicitor's clerk may be said to be, who would all be entitled to the protection given to solicitors. Subject, then, to that alteration, we think that the protection claimed is in law good.

In *R. v. Chaney* (1908), 13 C.C.C. 289, 17 Man. R. 467 (Man. C.A.), police had a person falsely pose as a representative of the accused's solicitor in order to obtain a statement from the accused. The Court held that the person obtaining the statement must be treated as though he was the solicitor's agent as he represented himself to be, and that the evidence was therefore inadmissible on the ground of privilege.

Recent Canadian cases also holding that solicitor-client privilege extends to communications through the intermediary of an agent are *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 27, [1969] C.T.C. 353, and *Re Alcan-Colony Contracting Ltd. et al. and Minister of National Revenue* (1971), 18 D.L.R. (3d) 32, [1971] 2 O.R. 365.

It is not a factor against the existence of privilege that the communication between the respondent and the Legal Aid officer which is sought to be introduced in evidence related to the respondent's effort to obtain counsel rather than to advice given for the purpose of the actual defence. In *Wheeler v. Le Marchant, supra*, Jessel, M.R., said at p. 682:

So again, a communication with a solicitor for the purpose of obtaining legal advice is protected though it relates to a dealing which is not the subject of litigation, provided it be a communication made to the

l'un de ses représentants, qu'elle soit faite à l'avocat en personne ou à un clerk ou employé de l'avocat qui agit à sa place et selon ses instructions.

Dans l'arrêt *Lyell v. Kennedy* (1884), 27 Ch. D. 1, le lord juge Cotton dit à la p. 19:

Mais alors ce privilège se limite à ce qui a été communiqué par cette personne ou à elle [le client] aux avocats ou par eux ou leurs représentants ou toutes personnes qu'on peut considérer à juste titre comme les représentants des avocats. Nous avons donc estimé juste, en vue d'éviter que l'on s'éloigne de la bonne interprétation de la règle de droit par l'emploi du mot «représentants», d'exiger que le défendeur produise une autre déclaration sous serment indiquant si les représentants mentionnés sont les siens ou s'ils sont les représentants des avocats et des personnes employées par l'avocat de manière à être ses représentants, y compris des représentants tel le clerk d'un avocat, qui, tous, ont droit à la protection accordée aux avocats. Alors, sous réserve de cette modification, nous pensons que la protection revendiquée est justifiée en droit.

Dans l'arrêt *R. v. Chaney* (1908), 13 C.C.C. 289, 17 Man. R. 467 (C.A. Man.), la police avait fait jouer à quelqu'un le rôle d'un représentant de l'avocat de l'accusé afin d'obtenir une déclaration de ce dernier. La Cour a jugé que la personne ayant obtenu la déclaration doit être considérée comme le représentant de l'avocat qu'elle avait prétendu être et qu'en conséquence, la preuve était irrecevable à cause du privilège.

Des décisions canadiennes récentes statuent que le privilège des communications entre avocats et clients s'étend aux communications faites par l'intermédiaire d'un représentant, par exemple *Susan Hosiery Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1969] 2 R.C. de l'É. 27, [1969] C.T.C. 353 et *Re Alcan-Colony Contracting Ltd. et al. c. Ministre du Revenu national* (1971), 18 D.L.R. (3d) 32, [1971] 2 O.R. 365.

L'existence du privilège n'est pas mise en cause du fait que la communication entre l'intimé et le fonctionnaire de l'aide juridique qu'on veut déposer en preuve a trait à la démarche de l'intimé pour retenir un avocat plutôt qu'à une consultation au sujet de sa défense elle-même. Dans l'arrêt *Wheeler v. Le Marchant*, précité, le maître des rôles Jessel dit à la p. 682:

Donc, une communication faite à un avocat en vue d'obtenir un avis juridique est confidentielle même si elle se rapporte à quelque chose qui ne fait pas l'objet du procès, pourvu que ce soit une communication faite

solicitor in that character and for the purpose.<sup>5</sup>

This principle has been stated earlier in broader terms in *Minet v. Morgan* (1873), 8 Ch. App. 361, by Lord Selbourne, L.C., at p. 368:

But there is a later authority by that most accurate and learned Judge, Sir *R.T. Kindersley-Lawrence v. Campbell*, 4 Drew. 485, 490 [62 E.R. 186 at 188], which contains a statement of the Vice-Chancellor's view of the principle and also of the rule which in 1859 had come to be well settled and established in this Court on the foundation of that principle. He says: 'It is not now necessary, as it formerly was, for the purpose of obtaining production that the communications should be made either during or relating to an actual or even to an expected litigation. It is sufficient if they pass as professional communications in a professional capacity.' I can only say that I entirely agree with the views both of the principle and of its proper extension taken in these later authorities.

It is also clear that solicitor-client privilege can extend to conversations in which a person makes disclosures while seeking to retain a solicitor, though in fact the retainer is not perfected. In *Minter v. Priest*, [1930] A.C. 558 at p. 573, Viscount Dunedin said:

Now, if a man goes to a solicitor, as a solicitor, to consult and does consult him, though the end of the interview may lead to the conclusion that he does not engage him as his solicitor or expect that he should act as his solicitor, nevertheless the interview is held as a privileged occasion.

It follows from the authorities referred to above that conversations with a solicitor's agents held for the purpose of retaining him would also be privileged, even though the solicitor was not then, or ever, retained. In my view, the principle protects from disclosure a conversation between an applicant for legal aid and the non-lawyer official of the Legal Aid Society who interviews him to see if he is qualified.

The privilege protecting from disclosure communications between solicitor and client is a fundamental right—as fundamental as the right to counsel itself since the right can exist only imperfectly without the privilege. The Courts should be astute to protect both. As long ago as *Pearson v. Foster* (1885), 15 Q.B.D. 114,

<sup>5</sup> This decision, like the following one, does not seem to me to support Laycraft J.'s conclusion directly in its entirety. I am nonetheless in agreement with that conclusion.

à l'avocat en cette qualité et à cette fin.<sup>5</sup>

Le lord chancelier Selbourne a déjà énoncé le même principe en termes plus généraux dans l'arrêt *Minet v. Morgan* (1873), 8 Ch. App. 361, à la p. 368:

<sup>a</sup> Mais il y a un précédent plus récent du très savant juge, sir *R. T. Kindersley-Lawrence v. Campbell*, 4 Drew. 485, 490 [62 E.R. 186 à la p. 188], qui comporte l'énoncé de l'opinion du Vice-Chancelier sur le principe et sur la règle qui en découle et que, dès 1859, cette Cour a reconnue. Il dit: «Il n'est pas nécessaire aujourd'hui, comme il l'a déjà été, que des communications aient été faites pendant un litige réel ou même prévisible ou qu'elles se rapportent à l'un ou à l'autre pour qu'on puisse en obtenir la production. Il suffit que ce soit des communications reliées à l'exercice de la profession et faites à ce titre». Je peux seulement dire que je suis entièrement d'accord avec cet énoncé du principe et avec son élargissement appliqué dans cette jurisprudence plus récente.

<sup>b</sup> Il est aussi manifeste que le privilège des communications entre avocat et client peut s'étendre aux conversations au cours desquelles une personne fait des révélations pendant les démarches en vue de retenir les services d'un avocat, même si en réalité le mandat n'est pas parfait. Dans l'arrêt *Minter v. Priest*, [1930] A.C. 558 à la p. 573, le vicomte Dunedin dit:

Or, si une personne s'adresse à un avocat, en tant que tel, pour le consulter et qu'elle le consulte effectivement, même si la fin de l'entretien indique qu'elle ne retient pas ses services comme avocat ou ne s'attend pas à ce que l'avocat la représente, l'entretien est néanmoins confidentiel.

<sup>c</sup> Il ressort de la jurisprudence mentionnée ci-dessus que les conversations avec les représentants d'un avocat dans le but de retenir les services de celui-ci sont confidentielles, même si les services de l'avocat ne sont pas retenus à ce moment-là ou ne le sont jamais. À mon avis, le principe empêche la divulgation d'une conversation entre celui qui fait une demande d'aide juridique et le fonctionnaire qui n'est pas avocat de l'aide juridique qui l'interroge pour vérifier s'il est admissible.

<sup>d</sup> Le privilège qui protège contre la divulgation les communications entre avocat et client est un droit fondamental, aussi fondamental que le droit d'être représenté par avocat puisque, sans le privilège, le droit ne peut être qu'imparfait. Les cours seraient bien avisées de protéger l'un et l'autre. Même à l'époque de l'arrêt

<sup>5</sup> Cette décision, tout comme la suivante, ne m'apparaît pas appuyer directement dans toute son ampleur la conclusion du juge Laycraft. Je n'en suis pas moins d'accord avec cette conclusion.

Brett, M.R., warned that free and confident communication within the solicitor-client relationship is so vital a part of the right to counsel that the privilege ought not to be 'frittered away'. At pp. 119-20 he said:

The privilege with regard to confidential communications between solicitor and client for professional purposes ought to be preserved, and not frittered away. The reason of the privilege is that there may be that free and confident communication between solicitor and client which lies at the foundation of the use and service of the solicitor to the client . . .

(Emphasis added.)

I am fully in agreement with the conclusions of the Alberta Court of Appeal. It is only fair to mention, in passing, that the judgment of the Superior Court judge in the case at bar was rendered prior to that decision.

Confidential communications, whether they relate to financial means or to the legal problem itself, lose that character if and to the extent that they were made for the purpose of obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime.

The same is true *a fortiori* where, as in the case at bar, the communication itself is the material element (*actus reus*) of the crime; this is all the more evident where the victim of the crime is precisely the office of the lawyer to whom the communication was made.

This exception has been recognized for a very long time. The case most frequently referred to is *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, where Stephen J. stated (at p. 167):

The reason on which the rule is said to rest cannot include the case of communications, criminal in themselves, or intended to further any criminal purpose, for the protection of such communications cannot possibly be otherwise than injurious to the interests of justice, and to those of the administration of justice. Nor do such communications fall within the terms of the rule. A communication in furtherance of a criminal purpose does not 'come into the ordinary scope of professional employment.'

(Emphasis added.)

In the case at bar, the communications dealing with Marcellin Ledoux's financial means are, according to the search warrant, "criminal in

*Pearson v. Foster* (1885), 15 Q.B.D. 114, le maître des rôles Brett indiquait que le privilège de la communication confidentielle et libre entre avocat et client est à ce point essentiel au droit d'être représenté par avocat qu'il ne faudrait pas le gaspiller. Aux pages 119 et 120 il dit:

Le privilège d'avoir des communications confidentielles entre avocat et client à des fins professionnelles devrait être réaffirmé plutôt que gaspillé. La raison d'être du privilège est qu'il se peut que les communications libres et confidentielles entre avocat et client qui constituent le fondement de ce que l'avocat représente pour son client . . .

(C'est moi qui souligne.)

Je suis entièrement d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel de l'Alberta. Il n'est que juste de mentionner, en passant, que le jugement du juge de la Cour supérieure dans la présente cause est antérieur à cet arrêt.

Confidentielles, qu'elles aient trait aux moyens financiers ou à la nature du problème, les communications ne le seront plus si et dans la mesure où elles ont été faites dans le but d'obtenir des avis juridiques pour faciliter la perpétration d'un crime.

*A fortiori* en va-t-il de même lorsque, comme en l'espèce, la communication elle-même est l'élément matériel (*actus reus*) du crime; et c'est d'autant plus évident lorsque la victime du crime est précisément le bureau de l'avocat à qui la communication a été faite.

Cette exception est reconnue depuis fort longtemps. La cause à laquelle on réfère le plus souvent est *R. v. Cox and Railton* (1884), 14 Q.B.D. 153, où le juge Stephen disait (à la p. 167):

[TRADUCTION] Le motif qui, dit-on, sert de fondement à la règle ne peut englober le cas de communications qui seraient criminelles en elles-mêmes ou qui tendraient à réaliser une fin criminelle, puisque la confidentialité de ces communications ne pourrait que nuire aux intérêts de la justice et de son administration. Aussi ces communications ne sont point visées par la règle. Une communication qui réalise une fin criminelle «n'appartient pas au domaine normal de l'emploi professionnel».

(C'est moi qui souligne.)

En l'espèce, les communications ayant trait aux moyens financiers de Marcellin Ledoux sont, d'après le libellé du mandat de perquisition, pour

themselves”, to use Stephen J.’s words, and will not benefit as such from the protection they would otherwise have been afforded by the substantive rule and the rule of evidence, had they been confidential.

**THE SEARCH WARRANT PROVIDED FOR IN S. 443(1)(b) OF THE CRIMINAL CODE AND THE RIGHT TO CONFIDENTIALITY**

I do not intend to examine all the questions raised by the interpretation of s. 443 and the determination of the duties and powers it confers on the justice of the peace. Nor is it necessary for the purposes of this appeal that we consider the things that can be searched for and seized under s. 443(1)(a) or (c). It is sufficient for the purposes of this appeal to make certain general observations, that suggests a mere reading of s. 443(1)(b).

We know that, save certain exceptions, one cannot go into someone else’s house without a warrant, even in order to search for evidence of a crime. Section 443 permits such entry on certain conditions, but subjects such an activity to a certain degree of judicial control. It provides that the person designated by the justice in the warrant may search the premises for the things described in the warrant and, if they are found, seize them and carry them before the justice. The only restriction on the type of things the search for and seizure of which a justice of the peace may authorize by warrant is that they be one of the things described in paras. (a), (b) and (c) of s. 443(1):

443. (1) A justice who is satisfied by information upon oath in Form 1, that there is reasonable ground to believe that there is in a building, receptacle or place

(a) anything upon or in respect of which any offence against this Act has been or is suspected to have been committed,

(b) anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act, or

(c) anything that there is reasonable ground to believe is intended to be used for the purpose of committing any offence against the person for which a person may be arrested without warrant,

may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer to search

reprendre les mots du juge Stephen, «*criminal in themselves*» et ne jouiront pas comme tel de la protection que leur eût autrement donnée la règle de fond et de preuve, eussent-elles bénéficié du caractère de confidentialité.

**LE MANDAT DE PERQUISITION PREVU A L’ART. 443(1)b) DU CODE CRIMINEL ET LE DROIT A LA CONFIDENTIALITE**

Je n’ai pas l’intention d’étudier toutes les questions que soulèvent l’interprétation de l’art. 443 et la détermination des devoirs et des pouvoirs qu’il confère au juge de paix. Ce pourvoi ne requiert point non plus que nous considérions les choses que l’on voudrait chercher et saisir sous l’autorité de l’art. 443(1)a) ou c). Il suffit pour les fins de ce pourvoi de dégager certaines constatations d’ordre général que permet d’ailleurs la seule lecture de l’al. 443(1)b).

On sait que, sauf exception, on ne peut sans mandat entrer chez autrui, même pour y chercher la preuve d’un crime. L’article 443 le permettra à certaines conditions, mais en assujettissant cette activité à un certain contrôle judiciaire. La loi prescrit que celui qui sera désigné par le juge dans le mandat pourra perquisitionner, c.-à-d. chercher en fouillant les lieux les choses décrites au mandat et, si elles sont trouvées, les saisir et les apporter au juge. La seule restriction quant à la nature des choses dont le juge de paix peut par mandat autoriser la recherche et la saisie est à l’effet que celles-ci soient une des choses décrites aux al. a), b) et c) de l’art. 443(1):

443. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d’une dénonciation faite sous serment suivant la formule 1, qu’il existe un motif raisonnable pour croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve

a) une chose sur ou concernant laquelle une infraction à la présente loi a été commise ou est soupçonnée avoir été commise,

b) une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu’elle fournira une preuve touchant la perpétration d’une infraction à la présente loi, ou

c) une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu’elle est destinée à servir aux fins de la perpétration d’une infraction contre la personne, pour laquelle un individu peut être arrêté sans mandat,

peut, à tout moment, lancer un mandat sous son seing, autorisant une personne y nommée ou un agent de la

the building, receptacle or place for any such thing, and to seize and carry it before the justice who issued the warrant or some other justice for the same territorial division to be dealt with by him according to law.

In the case at bar we are thus concerned with something provided for in para. (b), that is, something that is likely to "afford evidence with respect to the commission of an offence" in a legal proceeding.

Moreover, the legislation does not make any distinction with respect to the nature of the premises sought to be searched. One may therefore search anywhere for what is provided for under para. (b) of the section, including in a lawyer's offices.

Indeed the jurisdiction of a justice of the peace to authorize a search thus does not depend on the nature of the place sought to be searched but on a reasonable belief that there are to be found on the premises things covered by para. (b) of s. 443(1).

It then becomes necessary to reconcile the authority to search, a right that society has assumed as being essential to the suppression of crime, with the right to confidentiality, a right that society recognizes as essential for the better administration of justice.

The right to confidentiality enjoyed by a lawyer's client does not, by virtue of the substantive rule, interfere with the jurisdiction of the justice of the peace to authorize the search, but might do so by virtue of the rule of evidence. At the very most, in the present state of the law, the substantive rule requires that a justice of the peace be more demanding before authorizing a search of a lawyer's office or one of his files and will lead him, where necessary, to set out special procedures for the execution of the warrant in order to limit to what is absolutely inevitable the breach of confidentiality.

This leads us to a consideration of the effect of the right to confidentiality on searches, first as a rule of evidence and then as a substantive rule. The rule of evidence affects the jurisdiction of the

paix à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose, la saisir et la transporter devant le juge de paix qui a décerné le mandat, ou quelque autre juge de paix de la même circonscription territoriale, afin qu'il en dispose d'après la loi.

Il s'agira donc, en l'espèce, d'une chose prévue à l'al. b), soit une chose qui pourra vraisemblablement «fournir(a) une preuve touchant la perpétuation d'une infraction» dans une procédure judiciaire.

De plus, le législateur ne fait aucune distinction quant à la nature des lieux que l'on veut fouiller. On peut donc chercher n'importe où ce que prévoit l'al. b) de l'art. 443, y compris chez l'avocat.

En effet, la compétence du juge de paix à autoriser une perquisition ne tient pas de la nature de l'endroit à fouiller mais de la croyance raisonnable à la présence sur ces lieux de choses de la nature de celles prévues à l'al. b) de l'art. 443(1).

Se soulève dès lors la nécessité de concilier le pouvoir de perquisition, un droit que se donne la société parce qu'essentiel à la répression du crime, avec le droit à la confidentialité, un droit que la société reconnaît comme essentiel à la saine administration de la justice.

Le droit à la confidentialité du client d'un avocat ne saurait, par sa règle de fond, faire obstacle à la compétence du juge de paix d'autoriser la perquisition, mais le pourrait comme règle de preuve. Tout au plus, dans l'état actuel de la loi, la règle de fond commande-t-elle de la part du juge de paix une plus grande exigence avant d'autoriser la perquisition d'un bureau d'avocat ou d'un de ses dossiers et l'incitera, le cas échéant, à assortir l'exécution du mandat de modalités particulières propres à limiter le viol du secret à ce qui est absolument inévitable.

Ceci nous amène donc à traiter de la portée du droit à la confidentialité sur les perquisitions, d'abord comme règle de preuve, et ensuite comme règle de fond. La règle de preuve touche à la

justice of the peace, while the substantive rule affects how he exercises it.

(a) As a rule of evidence

Some courts have been unwilling to recognize that a justice of the peace has the right to refuse a search warrant on the sole ground that what is sought to be seized could never subsequently be received in evidence because it is protected by solicitor-client privilege. (See *R. v. Colvin, Ex parte Merrick et al.* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Re B.X. Development Ltd. and The Queen* (1976), 36 C.R.N.S. 313 (B.C. S.C.); *Re Alder et al. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 234; *Attorney General of Quebec v. T., G., W., R. and C.* (1977), 2 C.R. (3d) 30).

Others have ruled that he has such a right, either at the time the warrant is being issued (*Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745; *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70; *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (Ont. S.C.); *Re Presswood and Delzotto* (1975), 36 C.R.N.S. 322; *Re B.X. Development and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (B.C. C.A.)), or at the time of an application under s. 446(3) to have the things seized returned (*Re Steel and The Queen* (1974), 21 C.C.C. (2d) 278; *Re B and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 235).

It is not necessary to review all the decisions to the effect that the justice of the peace can do this at the time the warrant is being issued. It is sufficient, in my view, to quote here in this connection what was said by Southey J. of the Supreme Court of Ontario at trial in *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337, since I agree with his critical analysis of these decisions and his conclusions (the Ontario Court of Appeal, hearing an appeal in that case, chose not to rule on the question and the appeal was decided on another ground). Southey J. stated the following (at pp. 341-43):

The first question to be decided is whether a search warrant issued under s. 443 of the *Criminal Code*

compétence du juge de paix, celle de fond, à sa façon de l'exercer.

a) Comme règle de preuve

Certaines cours n'ont pas voulu reconnaître au juge de paix le droit de refuser un mandat de perquisition du seul fait que ce que l'on cherchait à saisir ne pourrait jamais être subséquentement reçu en preuve parce que protégé par le privilège dont jouit le client d'un avocat. (Voir *R. v. Colvin, Ex parte Merrick et al.* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8; *Re B.X. Development Ltd. and The Queen* (1976), 36 C.R.N.S. 313 (C.S. C.-B.); *Re Alder et al. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 234; *Attorney General of Quebec v. T., G., W., R. and C.* (1977), 2 C.R. (3d) 30).

D'autres par ailleurs le lui ont reconnu, soit au stade de la délivrance du mandat (*Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745; *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70; *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 (C.S. Ont.); *Re Presswood and Delzotto* (1975), 36 C.R.N.S. 322; *Re B.X. Development and The Queen* (1976), 31 C.C.C. (2d) 14 (C.A. B.-C.)), soit au stade d'une demande fondée sur l'art. 446(3) pour que soient retournés les effets saisis (*Re Steel and The Queen* (1974), 21 C.C.C. (2d) 278; *Re B and The Queen* (1977), 36 C.C.C. (2d) 235).

Il n'est pas nécessaire de reprendre l'étude de toutes les décisions favorables à ce que le juge de paix puisse le faire au stade de la délivrance du mandat. Il suffit, à mon avis, de citer ici à ce sujet les propos du juge Southey de la Cour suprême de l'Ontario en 1<sup>re</sup> instance dans *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337, puisque je suis d'accord avec l'analyse critique qu'il fait de ces décisions et avec ses conclusions (la Cour d'appel de l'Ontario, saisie d'un pourvoi dans cette cause, a choisi de ne pas se prononcer sur la question et l'appel fut décidé en se prononçant sur un autre moyen d'appel). Le juge Southey s'en exprime comme suit (aux pp. 341 à 343):

[TRADUCTION] La première question à résoudre est de savoir si un mandat de perquisition délivré en appli-

overrides the solicitor-and-client privilege and can be used to give authority to a peace officer to search for and seize documents which are subject to that privilege. The relevant provisions of s. 443 reads [*sic*] as follows:

443(1) A justice who is satisfied by information upon oath in Form 1, that there is reasonable ground to believe that there is in a building, receptacle or place

(b) anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act, or

may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer to search the building, receptacle or place for any such thing, and to seize and carry it before the justice who issued the warrant or some other justice for the same territorial division to be dealt with by him according to law.

The position of the applicants is that a Justice has no jurisdiction to issue a warrant with respect to documents subject to the solicitor-and-client privilege, because the issuance of warrants is limited under s. 443 to documents which the Justice has reasonable grounds to believe will afford evidence of the offence charged. As documents covered by the solicitor-and-client privilege would not be admissible at trial, the Justice could not believe that such documents would afford evidence of the offence. This was the basis of the decision of Judge Rice in the Provincial Court (Criminal Division) in *Re Steel and The Queen* (1974), 21 C.C.C. (2d) 278, 6 O.R. (2d) 644, 29 C.R.N.S. 355.

In *R. v. Colvin, Ex p. Merrick et al.* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8, [1970] 3 O.R. 612, Osler, J., quashed a search warrant on the ground that the Justice should not have been satisfied on the information that there were reasonable grounds for believing that there was in the building in question anything that would afford evidence with respect to the commission of an offence. He went on to state in *obiter*, however, that he would not be prepared to quash a warrant simply because the possibility existed that the material in question might be covered by the solicitor-and-client privilege, because that privilege is a rule of evidence and not a rule of property. It was his view that the privilege could only be asserted by way of

cation de l'art. 443 du *Code criminel* l'emporte sur le privilège des communications entre avocat et client et peut servir à autoriser un agent de la paix à rechercher et saisir des documents qui bénéficient de ce privilège.

a Les dispositions pertinentes de l'art. 443 se lisent ainsi:

443(1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment suivant la formule 1, qu'il existe un motif raisonnable pour croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve

b) une chose qui, pour un motif raisonnable, porte à croire qu'elle fournira une preuve touchant la perpétration d'une infraction à la présente loi, ou

peut, à tout moment, lancer un mandat sous son seing, autorisant une personne y nommée ou un agent de la paix à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose, la saisir et la transporter devant le juge de paix qui a décerné le mandat, ou quelque autre juge de paix de la même circonscription territoriale, afin qu'il en dispose d'après la loi.

Les requérants soutiennent qu'un juge de paix n'a pas compétence pour délivrer un mandat à l'égard de documents qui bénéficient du privilège accordé aux communications entre avocat et client, parce que la délivrance de mandats est limitée, en vertu de l'art. 443, aux documents pour lesquels le juge de paix a un motif raisonnable de croire qu'ils fourniront une preuve de l'infraction qui fait l'objet de l'accusation. Puisque les documents bénéficiant du privilège accordé aux communications entre avocat et client ne sont pas recevables au procès, le juge de paix ne peut croire qu'ils fourniraient une preuve de l'infraction. Ce fut là le fondement de la décision du juge Rice de la Cour provinciale (Division criminelle) dans *Re Steel and The Queen* (1974), 21 C.C.C. (2d) 278, 6 O.R. (2d) 644, 29 C.R.N.S. 355.

Dans l'affaire *R. v. Colvin, Ex p. Merrick et al.* (1970), 1 C.C.C. (2d) 8, [1970] 3 O.R. 612, le juge Osler a annulé un mandat de perquisition pour le motif que le juge de paix n'aurait pas dû être convaincu, d'après la dénonciation, qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'il se trouvait, dans l'immeuble en cause, quelque chose qui aurait pu fournir une preuve touchant la perpétration d'une infraction. Il ajoute ensuite en *obiter* qu'il ne serait cependant pas disposé à annuler un mandat simplement à cause de la possibilité que les documents en cause bénéficient du privilège accordé aux communications entre avocat et client, parce que le privilège est une règle de preuve et non une



objection to the introduction of the allegedly privileged material in evidence at the appropriate time.

Almost five years after the decision of Osler, J., the Federal Court of Appeal held in *Re Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70, 55 D.L.R. (3d) 713, 18 C.P.R. (2d) 155, [[1975] F.C. 184], that the authority given to the Director of Investigation under s. 10 of the *Combines Investigation Act* to enter premises on which he believes evidence may be found relating to a matter under inquiry and to examine and copy documents that may afford such evidence, does not override the solicitor-and-client privilege.

Chief Justice Jockett, with whom the other members of the Court agreed, made the following statement at pp. 78-9 C.C.C., pp. 721-2 D.L.R. [p. 193 [1975] F.C.]:

... it has been recognized from very early times that the protection, civil and criminal, afforded to the individual by our law is dependent upon his having the aid and guidance of those skilled in the law untrammelled by any apprehension that the full and frank disclosure by him of all his facts and thoughts to his legal advisor might somehow become available to third persons so as to be used against him.

He then continued at p. 79 C.C.C., p. 722 D.L.R., [p. 194 F.C.]:

I fully realize that the protection of the confidentiality of the solicitor-and-client relationship has, heretofore, manifested itself mainly, if not entirely, in the privilege afforded to the client against the compulsory revelation of communications between solicitor and client in the giving of evidence in Court or in the judicial process of discovery. In my view, however, this privilege is a mere manifestation of a fundamental principle upon which our judicial system is based, which principle would be breached just as clearly, and with equal injury to our judicial system, by the compulsory form of preprosecution discovery envisaged by the *Combines Investigation Act* as it would be by evidence in Court or by judicial discovery.

Thurlow, J., added the following at p. 80 C.C.C., p. 723 D.L.R., [p. 195 [1975] F.C.]:

Secondly, it appears to me that the confidential character of such communications, whether oral or in writing, comes into existence at the time when the communications are made. As the right to protection

règle de fond. Il a exprimé l'avis qu'on ne peut invoquer le privilège qu'en s'opposant, au moment pertinent, à la production en preuve des documents qu'on prétend privilégiés.

<sup>a</sup> Près de cinq ans après la décision du juge Osler, la Cour d'appel fédérale, dans *Re le Directeur des enquêtes et recherches c. Shell Canada Ltd.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 70, 55 D.L.R. (3d) 713, 18 C.P.R. (2d) 155, [[1975] C.F. 184], a statué que le pouvoir accordé <sup>b</sup> au Directeur des enquêtes par l'art. 10 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* de pénétrer dans tout local où le directeur croit qu'il peut exister des preuves se rapportant à l'objet de l'enquête, d'examiner et de copier les documents susceptibles de fournir une telle <sup>c</sup> preuve, ne prévaut pas sur le privilège des communications entre avocat et client.

Le juge en chef Jockett, aux motifs duquel les autres juges de la Cour ont souscrit, dit ce qui suit aux pp. 78 et 79 des C.C.C., 721 et 722 des D.L.R., [193 du recueil <sup>d</sup> [1975] C.F.]:

... il est reconnu depuis très longtemps que la protection civile et criminelle, que nos principes de droit accordent à l'individu est subordonnée à l'assistance et aux conseils que l'individu reçoit d'hommes de loi sans aucune crainte que la divulgation pleine et entière de tous ses actes et pensées à son conseiller juridique puisse de quelque façon être connue des tiers de manière à être utilisée contre lui.

Il poursuit ensuite aux pp. 79 des C.C.C., 722 des <sup>f</sup> D.L.R., [194 du recueil C.F.]:

Je réalise pleinement que le caractère confidentiel des rapports entre avocat et client s'est jusqu'ici manifesté principalement, sinon entièrement, par le privilège accordé au client de ne pas divulguer les communications intervenues entre lui et son avocat dans son témoignage devant la Cour ou dans son interrogatoire préalable. A mon avis, toutefois, ce privilège n'est qu'une simple manifestation d'un principe fondamental qui sert de fondement à notre système judiciaire, principe auquel la formule obligatoire d'examen antérieur à la poursuite prévue dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, tout autant que le témoignage devant la Cour ou l'interrogatoire préalable, porterait nettement atteinte, tout en causant le même préjudice à notre système judiciaire.

Le juge Thurlow ajoute ce qui suit à la p. 80 des C.C.C., 723 des D.L.R., [195 du recueil [1975] C.F.]:

En second lieu, il me paraît que le caractère confidentiel de ces communications, qu'elles soient orales ou écrites, prend naissance au moment de l'échange des communications. Puisque le droit à la protection

for the confidence, commonly referred to as legal professional privilege, is not dependent on there being litigation in progress or even in contemplation at the time the communications take place, it seems to me that the right to have the communications protected must also arise at that time and be capable of being asserted on any later occasion when the confidence may be in jeopardy at the hands of anyone purporting to exercise the authority of the law.

The reasoning of Chief Justice Jockett and Thurlow, J., in the case of an inquiry under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, is even more compelling, in my view, in the case of a search warrant issued by a Justice under s. 443 of the *Criminal Code*. If the privilege could not be invoked to prevent the seizure and examination of documents under a search warrant, the Crown would be free in any case to seize and examine the files and brief of defence counsel in a criminal prosecution. It would be small comfort indeed to the accused and to his counsel to discover that his only protection in such a case was to prevent the introduction into evidence of the documents that had been seized and examined. Such a result, in my view, would be absurd.

Chief Justice Jockett quoted extensively in his reasons from the decision of Munroe, J., of the British Columbia Supreme Court in *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745, 6 C.P.R. (2d) 41, [1972] 3 W.W.R. 547, in which the same result was reached. That decision, in my view, contains further persuasive reasons for upholding the position taken by the applicants that the solicitor-and-client privilege may be invoked to prevent seizure under a search warrant.

I find, accordingly, that the applicant is entitled to raise the solicitor-and-client privilege at this stage in the proceeding, as a ground for quashing the search warrant for lack of jurisdiction on the part of the Justice.

I am of this view and would add, by way of clarification, that the justice of the peace should raise the question himself and, where necessary, find that he has no jurisdiction to authorize the search.

(b) As a substantive rule

In cases where the justice of the peace has the necessary jurisdiction to authorize the search, he should, in exercising that jurisdiction, take into

du secret, communément appelé secret professionnel, n'est pas subordonné à l'existence d'un procès en cours ou même prévu au moment où les communications sont faites, il me semble que le droit à la protection des communications doit également exister à cette époque et pouvoir être invoqué en toute autre occasion, lorsque le secret peut être menacé par quiconque prétend exercer l'autorité de la Loi.

Le raisonnement du juge en chef Jockett et du juge Thurlow relativement à une enquête menée en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, est, à mon avis, encore plus convaincant dans le cas d'un mandat de perquisition délivré par un juge de paix en application de l'art. 443 du *Code criminel*. Si l'on ne pouvait invoquer le privilège pour empêcher la saisie et l'examen de documents en vertu d'un mandat de perquisition, la poursuite aurait toujours le loisir de saisir et d'examiner les dossiers et le mémoire de l'avocat de la défense dans une poursuite criminelle. Ce serait vraiment une piètre consolation pour l'accusé et son avocat de savoir que la seule protection dont ils jouiraient en l'instance serait que les pièces saisies et examinées ne peuvent être produites en preuve. Selon moi, un tel résultat serait absurde.

Le juge en chef Jockett a abondamment cité dans ses motifs la décision du juge Munroe de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Re Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.* (1972), 26 D.L.R. (3d) 745, 6 C.P.R. (2d) 41, [1972] 3 W.W.R. 547, où l'on arrive à la même solution. A mon avis, cette décision offre d'autres motifs convaincants de faire droit à la position adoptée par les requérants, savoir qu'il est permis d'invoquer le privilège des communications entre avocat et client pour empêcher la saisie en vertu d'un mandat de perquisition.

En conséquence, je conclus que le requérant a droit d'invoquer le privilège des communications entre avocat et client à ce stade-ci de la procédure comme moyen pour obtenir l'annulation du mandat de perquisition faute de compétence de la part du juge de paix.

Je suis de cet avis et j'ajouterais, en guise de précision, qu'il incombe au juge de paix de soulever la question *proprio motu* et, la cas échéant, de se reconnaître sans compétence pour autoriser la perquisition.

b) Comme règle de fond

Dans les cas où le juge de paix a la compétence voulue pour autoriser la perquisition, il se doit, dans l'exercice de cette compétence, de tenir

account the need to protect the fundamental right of a lawyer's client to have his communications kept confidential. This may arise where evidence is being sought of communications which, although made in confidence to a lawyer, are no longer protected because they were made in circumstances such that they fall within an exception to the rule; or where a lawyer's office is to be searched for things covered by para. (a) or (c) of s. 443(1) (for example, stolen goods). Although the rule of evidence seems to be applicable only with respect to para. (b) of s. 443(1), the substantive rule will apply to any search affecting the right to confidentiality, regardless of which of the paragraphs of s. 443(1) such search is to be made under. In either case the search should be limited to what is absolutely necessary in order to seize the things for which the search was authorized. A lawyer's file may contain a host of information concerning a client, some of which has remained confidential even though other information is no longer so since it falls within an exception to the rule. Even more serious is the fact that a lawyer's office contains confidential files pertaining to other clients which have nothing to do with the crime that is to be proved or with the things searched for under s. 443(1)(a) and (c).

Some would say that the justice of the peace has no discretion to refuse to issue a search warrant or to impose terms of execution once the requirements of form and substance in s. 443 have been met. They would argue that in s. 443 the word "may" means "must" and does not confer any discretion. According to this interpretation, the justice of the peace may issue a warrant only if he is satisfied that there is reasonable ground to believe that one of the things provided for in s. 443(1) is to be found in the place sought to be searched, but must do so as soon as he is so satisfied, and the only condition of execution on the premises that he may impose is set out in s. 444 of the *Code*:

444. A warrant issued under section 443 shall be executed by day, unless the justice, by the warrant, authorizes execution of it by night.

compte du besoin de protéger le droit fondamental du client d'un avocat à la confidentialité de ses communications. Ceci peut se produire lorsqu'il s'agit de chercher la preuve de communications qui, quoique faites en confiance à un avocat, ne sont plus protégées parce qu'elles l'ont été dans des circonstances telles qu'elles relèvent d'une exception à la règle; ou encore lorsqu'il s'agit de perquisitionner dans un bureau d'avocat à la recherche de choses visées aux al. a) ou c) de l'art. 443(1) (v.g. des objets volés). En effet, si la règle de preuve semble ne devoir jouer qu'à l'égard de l'al. b) de l'art. 443(1), la règle de fond, elle, s'appliquera à l'égard de toute perquisition mettant en cause le droit à la confidentialité, que cette perquisition soit faite en vertu de l'un ou l'autre des alinéas de l'art. 443(1). Il s'agit dans un cas comme dans l'autre de limiter la fouille à ce qui est absolument nécessaire à la saisie des choses que l'on a été autorisé à chercher. Un dossier d'avocat peut contenir au sujet d'un client une foule de renseignements, dont certains sont demeurés confidentiels même si d'autres ne le sont plus parce que visés par une exception à la règle. Plus grave encore est le fait que le cabinet de l'avocat est dépositaire des dossiers confidentiels de plusieurs autres clients et qui n'ont rien à voir avec le crime que l'on cherche à prouver, ou encore les choses recherchées sous l'autorité de l'art. 443(1)a) et c).

Certains pourraient prétendre que le juge de paix n'a pas la discrétion de refuser la délivrance du mandat de perquisition ou encore d'imposer des modalités d'exécution dès lors que les conditions de forme et de fond de l'art. 443 ont été satisfaites. Ils pourraient arguer que, dans le contexte de l'art. 443, le mot «peut» a le sens de «doit» et qu'il n'octroie pas une discrétion. Selon cette interprétation, si le juge de paix ne peut délivrer un mandat que s'il est convaincu qu'il existe un motif raisonnable pour croire qu'une des choses prévues à l'art. 443(1) se trouve dans l'endroit que l'on veut fouiller, il doit le faire, par ailleurs, dès lors qu'il en est convaincu, et la seule modalité d'exécution sur les lieux qu'il lui est loisible d'imposer se trouve à l'art. 444 du *Code*:

444. Un mandat décerné en vertu de l'article 443 doit être exécuté de jour, à moins que le juge de paix, par le mandat, n'en autorise l'exécution de nuit.

Others, on the contrary, would say that generally the justice of the peace has the discretion to refuse the warrant, so long as this discretion is exercised judicially and so long as the decision to refuse the warrant is not capricious or arbitrary (Carter, R.F., *The Law Relating to Search Warrants*, 1939, at p. 52; Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, 1974, at pp. 7 and 51 *et seq.*; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487).

I come down on the side of the discretion, as it allows more effective judicial control of the police. Searches are an exception to the oldest and most fundamental principles of the common law, and as such the power to search should be strictly controlled. It goes without saying that the justice may sometimes be in a poor position to assess the need for the search in advance. After all, searches, while constituting a means of gathering evidence, are also an investigative tool. It will often be difficult to determine definitively the probative value of a particular thing before the police investigation has been completed. Be that as it may, there are places for which authorization to search should generally be granted only with reticence and, where necessary, with more conditions attached than for other places. One does not enter a church in the same way as a lion's den, or a warehouse in the same way as a lawyer's office. One does not search the premises of a third party who is not alleged to have participated in the commission of a crime in the same way as those of someone who is the subject of such an allegation. (See on this subject Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, at p. 174.)

The justice of the peace, in my view, has the authority, where circumstances warrant, to set out execution procedures in the search warrant; I would even go so far as to say that he has the right to refuse to issue the warrant in special circumstances, such as those found in *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, *supra*.

That case involved a search of a newspaper office for information gathered by the newspaper staff. Neither the newspaper staff nor the newspaper itself were accused of having been involved in the commission of an offence. In view of the

D'autres, au contraire, reconnaîtraient de façon générale au juge de paix la discrétion de refuser le mandat, en autant que cette discrétion soit exercée judiciairement et que la décision de refuser le mandat ne tienne pas du caprice ou de la fantaisie. (Carter, R.F., *The Law Relating to Search Warrants*, 1939, à la p. 52; Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, 1974, aux pp. 7 et 51 ss.; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487).

J'opte en faveur de la discrétion, car elle permet un contrôle judiciaire plus efficace des forces de l'ordre. La perquisition est une exception aux principes les plus anciens et les plus fondamentaux de la *common law* et le pouvoir de perquisition doit être contrôlé strictement. Il va de soi que le juge de paix peut être parfois mal placé pour juger d'avance du besoin de perquisitionner. Après tout, la perquisition, tout en étant un véhicule de preuve, est aussi un instrument d'enquête. Il sera souvent difficile de déterminer péremptoirement la valeur probante d'une chose avant la fin de l'enquête policière. Quoi qu'il en soit, il y a des endroits dont on ne devrait de façon générale permettre la fouille qu'avec réticence et, le cas échéant, avec plus de manières que pour d'autres endroits. On n'entre pas à l'église comme on le fait chez le loup; ni à l'entrepôt comme chez l'avocat. On ne perquisitionne pas chez le tiers qu'on n'allègue pas avoir participé à la commission du crime comme chez celui qui fait l'objet d'une telle allégation. (Voir à ce sujet Fontana, J.A., *The Law of Search Warrants in Canada*, à la p. 174).

Le juge de paix a, selon moi, le pouvoir, lorsque les circonstances le commandent, d'assortir le mandat de perquisition de modalités d'exécution; j'irais même jusqu'à lui reconnaître le droit de refuser le mandat dans certaines circonstances très particulières, telles celles que l'on trouve dans *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, précitée.

Dans cette cause il s'agissait de la perquisition des locaux d'un journal et on était à la recherche de renseignements recueillis par le personnel du journal. La dénonciation n'alléguait aucunement que le personnel du journal ou le journal lui-même

special situation of a newspaper in light of ss. 1(f) and 2 of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III, Nemetz C.J. of the British Columbia Supreme Court quashed the search warrant issued by the justice of the peace, concluding as follows (at p. 495):

The issuing of any search warrant is a serious matter, especially when its issuance against a newspaper may have, as it did, the effect of impeding its publication. To use the words of my distinguished predecessor in *United Distillers Ltd.* (1948), 88 C.C.C. 338, [1947] 3 D.L.R. 900, the Justice of the Peace 'should have reasonable information before him to entitle him to judicially decide whether such warrant should issue or not'. In my opinion, no such reasonable information was before him since there was no material to show:

1. whether a reasonable alternative source of obtaining the information was or was not available, and
2. if available, that reasonable steps had been taken to obtain it from that alternative source.

In my opinion, the bringing of an application for a search warrant in these circumstances was an abuse of the process of the Court. I, therefore, quash the warrants.

*Re Pacific Press Ltd.* involved a search for things provided for in para. (b) of s. 443(1), that is, evidence; it goes without saying that the same requirements do not apply in the case of things provided for in paras. (a) and (c) of s. 443(1).

It could be advanced that the two conditions set out by Nemetz C.J. should be met before a warrant is issued whenever a search is sought to be conducted, under 443(1)(b), of premises occupied by an innocent third party which are not alleged by the information to be connected in any way with the crime. It is not necessary for purposes of this appeal to decide that point. It is sufficient to say that in situations such as the one in *Re Pacific Press Ltd.*, where the search would interfere with rights as fundamental as freedom of the press, and, as in the case at bar, a lawyer's client's right to

étaient impliqués dans la commission d'une infraction. Eu égard à la situation exceptionnelle dans laquelle se trouve placé un journal compte tenu des art. 1f) et 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, le juge en chef Nemetz de la Cour suprême de la Colombie-Britannique cassait le mandat de perquisition délivré par le juge de paix et concluait comme suit (à la p. 495):

[TRADUCTION] La délivrance d'un mandat de perquisition est une affaire grave, notamment lorsque sa délivrance à l'encontre d'un journal peut empêcher, comme c'est le cas en l'espèce, sa publication. Selon les termes employés par mon distingué prédécesseur dans l'affaire *United Distillers Ltd.* (1948), 88 C.C.C. 338, [1947] 3 D.L.R. 900, le juge de paix «devrait disposer de suffisamment de renseignements pour lui permettre de décider de façon judiciaire s'il doit ou non délivrer un tel mandat». A mon avis, il ne disposait pas de suffisamment de renseignements puisqu'il n'y avait pas de pièce pour démontrer:

1. s'il existait une autre source pouvant fournir les mêmes renseignements, et
2. dans l'affirmative, que des mesures raisonnables avaient été prises pour obtenir les renseignements de cette autre source.

A mon avis, présenter une demande de mandat de perquisition dans ces circonstances constituait un abus de procédures. En conséquence j'annule les mandats.

Il s'agissait dans *Re Pacific Press Ltd.* d'une perquisition à la recherche de choses prévues à l'al. b) de l'art. 443(1), c.-à-d. des preuves; il va de soi que l'on ne peut avoir les mêmes exigences lorsqu'il s'agit de choses prévues aux al. a) et c) de l'art. 443(1).

On pourrait suggérer que les deux conditions énoncées par le juge en chef Nemetz devraient être satisfaites avant de délivrer un mandat chaque fois qu'il s'agit d'une perquisition, sous 443(1)b), de lieux occupés par un tiers-innocent que ne relie aucunement au crime les allégations contenues à la dénonciation. Il n'est pas nécessaire pour les fins de ce pourvoi d'en décider. Il suffit de dire que dans des cas tels que celui de *Re Pacific Press Ltd.*, où la perquisition porterait atteinte à des droits aussi fondamentaux que la liberté de la presse, et, comme en l'espèce, le droit à la confi-

confidentiality, the justice of the peace may and should refuse to issue the warrant if these two conditions have not been met, lest he exceeds the jurisdiction he had *ab initio*. I would add one qualification to these two conditions. The reasonable alternative referred to is not an alternative to the method of proof but to the benefits of search and seizure of the evidence. As I have already stated, a search warrant is not only a means of gathering evidence but also an investigative tool. Therefore a determination of what is reasonable in each case will take into account the fact that a search makes it possible not only to seize evidence but also to ascertain that it exists, and even sometimes that the crime was in fact committed and by whom. Seizure makes it possible to preserve the evidence.

Moreover, even if the conditions are met, the justice of the peace must set out procedures for the execution of the warrant that reconcile protection of the interests this right is seeking to promote with protection of those the search power is seeking to promote, and limit the breach of this fundamental right to what is strictly inevitable. This is also true of searches under 443(1)(a) or (c), as soon as they threaten a fundamental right.

Generally speaking, where the search is to be made of a lawyer's office, in order to search for things provided for under para. (a), (b) or (c) of s. 443(1), the justice of the peace should be particularly demanding. Where it is a question of evidence (443(1)(b)), although satisfied that there is such evidence on the premises, he should only allow a lawyer's office to be searched if in addition he is satisfied that there is no reasonable alternative to a search. It will sometimes be desirable, as soon as the informant initiates proceedings, for the justice of the peace to see that the district Crown attorney is notified, if he is not aware of such proceedings, as well as the Bar authorities. With their assistance he should normally be more easily able to decide with the police on search procedures acceptable to everyone that respect the law firm's clients' right to confidentiality without depriving the police of their right to search for evidence of the alleged crime.

dentialité du client de l'avocat, le juge de paix peut et doit, sous peine d'excéder la compétence qu'il avait *ab initio*, refuser la délivrance du mandat si ces deux conditions n'ont pas été satisfaites. J'apporterais à ces conditions une précision. L'alternative raisonnable dont on parle n'est pas à la méthode de preuve mais aux avantages de la perquisition et de la saisie des preuves. Comme je l'ai déjà dit, le mandat de perquisition n'est pas qu'un véhicule de preuve, mais aussi un outil d'enquête. Donc, la détermination de ce qui sera dans chaque cas d'espèce raisonnable tiendra compte du fait que la perquisition permet non seulement de saisir des preuves, mais permet également de s'assurer qu'elles existent, voire même parfois que le crime a effectivement été commis et par qui. La saisie, elle, en permet la conservation.

De plus, même si ces conditions sont satisfaites, le juge de paix doit assortir l'exécution du mandat de modalités qui concilient la protection des intérêts que cherche à promouvoir ce droit avec celle des intérêts que cherche à promouvoir le pouvoir de perquisitionner, et limiter à ce qui est strictement inévitable l'atteinte au droit fondamental. Ceci est également vrai pour les perquisitions de 443(1)a) ou c) dès qu'elles mettent en cause un droit fondamental.

De façon générale, lorsqu'il s'agit de perquisitionner chez un avocat, que ce soit pour y chercher des choses prévues aux al. a), b) ou c) de l'art. 443(1), le juge de paix devrait se montrer particulièrement exigeant. Lorsqu'il s'agit de preuves (443(1)b)), quoique satisfait de la présence sur les lieux de ces preuves, il ne doit permettre la fouille d'un bureau d'avocat que si, en plus, il est convaincu qu'il n'y a pas d'autre alternative raisonnable à la perquisition. Il sera parfois souhaitable que, dès les premières démarches du dénonciateur, le juge de paix voie à ce que le procureur de la Couronne du district soit avisé, si ces démarches sont faites à son insu, ainsi que les autorités du Barreau. Assisté de ceux-ci, il devrait normalement pouvoir plus facilement arrêter de concert avec les forces de l'ordre des modalités de perquisition acceptables à tous et qui respecteraient le droit à la confidentialité des clients du bureau de l'avocat sans frustrer la police de son droit de rechercher les preuves du crime allégué.

In this respect he could take guidance from the provisions of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 232, adapting them to fit the particular case, of course.

Moreover, the search should be made in the presence of a representative of the Bar, where possible.

It is encouraging to read the numerous cases reported in the law reports and see that in almost all cases it was possible to decide upon appropriate execution procedures with the consent of the various parties involved (police, Bar, etc.), without the case law having at the time definitively decided that the justice of the peace had the authority to impose any. This seems to me to have been done in the case at bar, since, although the record is not very clear as to the reasons, it is apparent that the search was conducted in a special manner, with the co-operation of the police and the Bar, and that the documents seized were placed in a sealed envelope without having been examined.

Some have expressed the view that Parliament rather than the courts should set guidelines for searching lawyers' offices. (See the statements of the Ontario Court of Appeal in *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337, at p. 348.) Be that as it may, I for my part hope that the courts in the provinces, in view of the discretion of the justices of the peace and the willingness of everyone so far to recognize the importance of the confidentiality of communications made to a lawyer by his client, and their willingness and the need to preserve it, will rectify this legislative gap by developing, through rules of court or informally, by means of a uniform practice, a regional procedure that will take account of local circumstances; they are certainly in an eminently better position to do so than this Court.

## CONCLUSION

In summary, a lawyer's client is entitled to have all communications made with a view to obtaining legal advice kept confidential. Whether communi-

A cette fin, il pourrait s'inspirer, tout en les adaptant bien sûr à chaque cas d'espèce, des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 232.

<sup>a</sup> De plus, la perquisition devrait, dans la mesure du possible, être faite en présence d'un représentant du Barreau.

<sup>b</sup> Fait encourageant, il suffit de lire les nombreuses causes rapportées dans les recueils de jurisprudence pour constater que des modalités d'exécution appropriées ont pu dans presque tous les cas être arrêtées du consentement des différents intervenants, (police, Barreau, etc.), et ce sans que la jurisprudence ait encore définitivement reconnu au juge de paix le pouvoir de les imposer. Ceci me semble être le cas en l'espèce, puisque, bien que le dossier ne soit guère précis quant aux raisons, <sup>c</sup> force est de constater que la perquisition a effectivement été faite de façon spéciale, avec la collaboration de la police et du Barreau, et que les documents saisis ont été placés exceptionnellement sous scellés sans être examinés.

<sup>e</sup> Certains se sont dits d'avis qu'il convenait davantage au législateur qu'aux tribunaux de baliser la perquisition des bureaux d'avocats. (Voir les propos de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Borden & Elliott and The Queen* (1975), 30 C.C.C. (2d) 337, à la p. 348). Quoi qu'il en soit, pour ma part j'espère que les cours dans les provinces, compte tenu du pouvoir discrétionnaire des juges de paix et eu égard à la volonté de tous jusqu'à présent de reconnaître l'importance de la confidentialité des communications faites à un avocat par son client, et compte tenu de leur volonté et de la nécessité de la préserver, voudront <sup>f</sup> combler cette lacune législative en mettant au point, par règles de cour ou encore de façon informelle, au moyen d'une pratique uniforme, une procédure d'application régionale qui tienne compte des conditions locales; chose certaine, elles <sup>g</sup> sont éminemment mieux placées pour le faire que cette Cour.

## CONCLUSION

<sup>j</sup> En résumé, le client d'un avocat a droit au respect de la confidentialité de toutes les communications faites dans le but d'obtenir un avis juridi-

cations are made to the lawyer himself or to employees, and whether they deal with matters of an administrative nature such as financial means or with the actual nature of the legal problem, all information which a person must provide in order to obtain legal advice and which is given in confidence for that purpose enjoys the privileges attached to confidentiality. This confidentiality attaches to all communications made within the framework of the solicitor-client relationship, which arises as soon as the potential client takes the first steps, and consequently even before the formal retainer is established.

There are certain exceptions to the principle of the confidentiality of solicitor-client communications, however. Thus communications that are in themselves criminal or that are made with a view to obtaining legal advice to facilitate the commission of a crime will not be privileged, *inter alia*.

The fundamental right to communicate with one's legal adviser in confidence has given rise to a rule of evidence and a substantive rule. Whether through the rule of evidence or the substantive rule, the client's right to have his communications to his lawyer kept confidential will have an effect when the search warrant provided for in s. 443 *Cr.C.* is being issued and executed.

Thus the justice of the peace has no jurisdiction to order the seizure of documents that would not be admissible in evidence in court on the ground that they are privileged (the rule of evidence).

Before authorizing a search of a lawyer's office for evidence of a crime, the justice of the peace should refuse to issue the warrant unless he is satisfied that there is no reasonable alternative to the search, or he will be exceeding his jurisdiction (the substantive rule). When issuing the warrant, to search for evidence or other things, he must in any event attach terms of execution to the warrant designed to protect the right to confidentiality of the lawyer's clients as much as possible.

que. Qu'ils soient communiqués à l'avocat lui-même ou à des employés, qu'ils portent sur des matières de nature administrative comme la situation financière ou sur la nature même du problème juridique, tous les renseignements que doit fournir une personne en vue d'obtenir un avis juridique et qui sont donnés en confidence à cette fin jouissent du privilège de confidentialité. Ce droit à la confidentialité s'attache à toutes les communications faites dans le cadre de la relation client-avocat, laquelle prend naissance dès les premières démarches du client virtuel, donc avant même la formation du mandat formel.

Le principe de la confidentialité des communications client-avocat connaît toutefois des exceptions. Ainsi, entre autres, ne jouiront pas du privilège de confidentialité les communications qui sont en elles-mêmes criminelles ou qui sont faites en vue d'obtenir un avis juridique devant faciliter la perpétration d'un crime.

Le droit fondamental que constitue le droit de communiquer en confidence avec son conseiller juridique a donné naissance à une règle de preuve de même qu'à une règle de fond. Que ce soit par sa règle de preuve ou par sa règle de fond, le droit à la confidentialité du client d'un avocat aura des incidences au niveau de la délivrance et de l'exécution du mandat de perquisition prévu à l'art. 443 *C. cr.*

Ainsi, le juge de paix n'a pas compétence pour ordonner la saisie de documents qui ne seraient pas recevables en preuve devant un tribunal parce que couverts par le privilège de confidentialité (la règle de preuve).

Avant de permettre la perquisition d'un bureau d'avocat pour y rechercher des preuves d'un crime, le juge de paix devra, sous peine d'excéder sa compétence, refuser la délivrance du mandat à moins d'être satisfait qu'il n'existe pas d'alternative raisonnable à la perquisition (la règle de fond). Délivrant le mandat, que ce soit pour chercher des preuves ou d'autres choses, il devra de toute façon assortir le mandat de modalités d'exécution susceptibles de sauvegarder au maximum le droit à la confidentialité des clients de l'avocat.



Applying these principles to the case at bar, I have arrived at the following conclusions.

First, all information contained in the form that applicants for legal aid must fill out is provided for the purpose of obtaining legal advice, is given in confidence for that purpose and, consequently, is subject to the applicant's fundamental right to have such communications kept confidential and, as such, is protected by the rule of evidence and the substantive rule.

It is alleged in the information laid that the communications made by Ledoux with respect to his financial means are criminal in themselves since they constitute the material element of the crime charged. This is an exception to the principle of confidentiality and these communications are accordingly not protected (this does not mean that we are expressing an opinion as to the validity of the allegations in the information). However, since the allegation concerns only the information dealing with the applicant's financial means, all other information on the form remains confidential.

Since the part of the form dealing with Ledoux's financial situation was as an exception admissible in evidence, the justice of the peace had jurisdiction to order its seizure.

Acting within his jurisdiction with regard to the rule of evidence, the justice of the peace also exercised his discretion to issue a warrant judicially having regard to the substantive rule. As a result of the refusal of the legal aid bureau's staff and lawyers to disclose to the investigators the contents of the form, or of the oral statements made to them by Ledoux concerning his financial situation, there was no reasonable alternative to a search. How otherwise could the investigators ascertain that Ledoux's statements were fraudulent? Perhaps, as a result of their investigation, they knew that Ledoux was not eligible for legal aid in view of his financial means, but the crime of which they suspected him and concerning which they were entitled to continue the investigation was that of having concealed his means, ineligibility not being a crime in itself.

Appliquant ces principes à l'espèce, j'en arrive aux conclusions suivantes.

D'abord, tous les renseignements contenus à la formule que doit remplir un requérant d'aide juridique sont fournis en vue d'obtenir un avis juridique, sont donnés en confidence à cette fin et, par conséquent, font l'objet du droit fondamental qu'a le requérant à la confidentialité de ces communications, et comme tel, sont protégés par la règle de preuve et la règle de fond.

Par ailleurs, on allègue à la dénonciation que les communications faites par Ledoux à l'égard de sa situation financière sont criminelles en elles-mêmes, puisqu'elles constituent l'élément matériel du crime reproché. Il s'agit là d'un cas d'exception au principe de confidentialité et ces communications ne sont donc pas protégées (sans pour autant nous prononcer sur le bien-fondé des allégations de la dénonciation). Toutefois, puisque l'allégation ne concerne que les renseignements touchant les moyens financiers du requérant, tous les autres renseignements contenus à la formule demeurent protégés par le droit à la confidentialité.

Comme la partie de la formule touchant la situation financière de Ledoux était par exception recevable en preuve, le juge de paix avait compétence pour en ordonner la saisie.

Agissant en deçà de sa compétence, en regard de la règle de preuve, le juge de paix a de plus, en regard de la règle de fond, exercé de façon judiciaire sa discrétion de délivrer un mandat. En effet, par suite du refus des préposés et avocats du bureau d'aide juridique de communiquer aux enquêteurs le contenu de la formule, voire même la teneur des déclarations verbales qui leur furent faites par Ledoux en ce qui concerne sa situation financière, il n'existait pas d'alternative raisonnable à la perquisition. Comment les enquêteurs pouvaient-ils autrement s'assurer de la nature frauduleuse des déclarations de Ledoux? Peut-être, suite à leur enquête, savaient-ils ce dernier inéligible à l'aide eu égard à ses moyens financiers; mais le crime dont ils le soupçonnaient et au sujet duquel ils étaient en droit de parfaire l'enquête était celui de les avoir cachés, l'inéligibilité n'étant pas elle-même un crime.

I do not know whether the justice of the peace was the originator of the procedure followed for the search and seizure or whether there was an agreement between counsel. In any event, the manner of proceeding in the case at bar was, again having regard to the substantive rule, proper and acceptable and the justice of the peace was or would have been by law empowered to and justified in making it a condition of granting the warrant.

There is one problem, however. The form seized may contain privileged information. I am of the view that the justice of the peace could have, in the presence of everyone—the Crown, the representative of the Bar and the Legal Aid representative—opened the envelope and examined the form to determine whether it contained anything confidential and, if not, dealt with it in accordance with the law like any other thing seized. If he had discovered that the form contained confidential information, he could have (at least this is one of the ways of proceeding) photocopied the part relevant to the applicant's financial means and dealt with that portion of the form like any other thing seized by placing it on the file. He could have placed the original of the document in a sealed envelope also placed on file, ordering that it not be examined without a judge's order.

In the case at bar, if the information on the back of the form in fact consists of professional notes, as indicated by the form, they are confidential. This would still have to be verified, however. As for the front of the form, most of the information requested is relevant to the applicant's financial situation, although some only indirectly. This is not the case, however, with the information required on the parts of the form that I have identified with the letters A and B, where the information essentially concerns the "nature of the case" or the "probable existence of a right". I am therefore of the view that the judge, after verifying the back of the form, and if he ascertains that it contains professional notes, should have the front of the form, except parts A and B, photocopied, and deal with the photocopies and the original of the document as suggested, that is, place the photocopies on the Court file and place the original in a sealed

Je ne sais si le juge de paix fut à l'origine de la procédure suivie pour la perquisition et la saisie ou s'il s'agit d'une entente entre les avocats. Quoi qu'il en soit, la façon de procéder en l'espèce fut, toujours en regard de la règle de fond, bonne et acceptable et le juge de paix était ou eût été de par la loi habilité et justifié d'en faire la condition de l'octroi du mandat.

Se soulève toutefois un problème. La formule saisie contient peut-être des renseignements privilégiés. J'estime que le juge de paix pouvait, en présence de tous, la Couronne, le représentant du Barreau et celui de l'Aide juridique, décacheter l'enveloppe et examiner la formule pour s'enquérir si celle-ci ne contenait rien de confidentiel, et le cas échéant la traiter conformément à la loi comme toute autre chose saisie. Par ailleurs, s'il avait découvert que la formule contenait des renseignements confidentiels, il pouvait (c'est du moins une des façons de procéder) photocopier la partie pertinente à la situation financière et la traiter comme toute autre chose saisie en la versant au dossier. Quant à l'original du document, il aurait pu le placer dans une enveloppe cachetée et scellée et versée également au dossier, mais en ordonnant qu'il ne soit examiné que sur l'ordre d'un juge.

En l'espèce, si les renseignements au verso de la formule sont de fait, comme le veut la formule, des notes professionnelles, ils sont confidentiels. Reste qu'il faudrait tout de même le vérifier. Quant au recto, la plupart des renseignements demandés sont, quoique certains ne le seraient qu'indirectement, pertinents à la situation financière du requérant. Tel n'est pas cependant le cas des renseignements requis aux parties de la formule que j'ai identifiées par la juxtaposition des lettres A et B, où il s'agit essentiellement de renseignements concernant la «nature du dossier» ou encore la «vraisemblance de droit». Je suis donc d'avis que le juge, après avoir vérifié le verso de la formule, et s'il s'avère que le verso de la formule contient des notes professionnelles, devrait procéder à la photocopie du recto de la formule, sauf des parties A et B, et traiter les photocopies ainsi que l'original du document tel que suggéré, c.-à-d. verser les photo-

envelope, place the envelope on the file and order the Court staff not to open it or allow it to be opened without a judge's order. The sealed envelope will eventually be returned to the legal aid bureau, unless Marcellin Ledoux disputes the authenticity of the photocopy should an inquiry or trial be held; were Ledoux to do so, the judge presiding at the trial or the preliminary inquiry would be fully justified in opening the envelope and allowing those concerned to see the form, since Ledoux would then, in my view, have himself by his allegations made it impossible to reconcile his right to confidentiality for the better administration of criminal justice.

Before concluding, I should state that the procedure will vary from one case to another. Here the good faith of counsel was in no way at issue since, as alleged by the police, they were not accomplices of their client but rather his victims. Clearly different execution procedures should be provided for where the information laid alleges that the lawyer participated in the crime. I would also like to add that the justice of the peace from whom a warrant to search a lawyer's office is being sought, if he is not a judge by profession, would be well advised, although in no way obliged to do so, to refer the applicant to a judge of a court of criminal jurisdiction or even a judge of a superior court of criminal jurisdiction.

For these reasons I would dismiss this appeal and refer the matter back to the justice of the peace, ordering him to deal with the envelope and its contents as stated above.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Corbeil, Meloche, Larivière & Laberge, Montreal.*

*Solicitor for the respondent and for the intervener the Attorney General of the Province of Quebec: Pierre Robert, Montreal.*

*Solicitors for the intervener the Commission des services juridiques: Geoffrion, Prud'homme, Montreal.*

copies au dossier de la Cour et mettre sous scellés dans une enveloppe l'original, déposer l'enveloppe au dossier et ordonner aux préposés de la Cour de n'en prendre ou donner communication que suite à l'ordre d'un juge. Éventuellement l'enveloppe scellée sera retournée au bureau d'aide juridique, à moins que, dans l'éventualité d'une enquête ou d'un procès, le dénommé Marcellin Ledoux ne mette en doute l'authenticité de la photocopie; le cas échéant, le juge présidant le procès ou encore l'enquête préliminaire serait amplement justifié de décacheter l'enveloppe et de donner accès à la formule aux intéressés, car Ledoux aurait alors, à mon avis, par ses allégations rendu lui-même impossible la conciliation de son droit à la confidentialité avec les impératifs d'une saine administration de la justice pénale.

Avant de conclure, je dois rappeler que la procédure variera d'un cas à l'autre. Ici la bonne foi des avocats n'était nullement en cause puisqu'il s'agit, selon les prétentions de la police, non pas de complices du client mais de ses victimes. On doit prévoir, c'est clair, des modalités d'exécution relativement différentes lorsque la dénonciation allègue la participation de l'avocat au crime. Je tiens aussi à ajouter que le juge de paix de qui on sollicite un mandat de perquisitionner dans un bureau d'avocat, s'il n'est pas un juge de profession, serait avisé, quoique par ailleurs aucunement obligé de le faire, de référer le requérant à un juge d'une cour de juridiction criminelle ou même à un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle.

Pour ces raisons, je rejetterais ce pourvoi et retournerais le dossier au juge de paix en lui ordonnant de traiter l'enveloppe et son contenu comme susdit.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants: Corbeil, Meloche, Larivière & Laberge, Montréal.*

*Procureur de l'intimé et de l'intervenant le procureur général de la province de Québec: Pierre Robert, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission des services juridiques: Geoffrion, Prud'homme, Montréal.*

**Domenic Saieva** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

File No.: 16200.

1981: November 23; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Theft — Possession of stolen goods — Doctrine of recent possession — No evidence establishing date of the theft — Trial judge's finding of fact regarding date of theft unreasonable — Charge to jury — Whether trial judge erred in law regarding recency — Criteria to establish recent possession — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 312(1).*

Appellant was charged of illegal possession of a stolen "safety standards certificate" contrary to s. 312(1) of the *Criminal Code*. The evidence adduced at trial indicated that (1) on June 3, 1977, appellant presented the stolen certificate to a licence bureau and (2) the certificate could have been stolen as far back as 50 to 55 weeks prior to that date. There was no evidence of exactly when the certificate had been stolen. The trial judge, however, after explaining the doctrine of recent possession to the jury, instructed them that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the certificate was stolen on or about June 3, 1977, and that shortly after that theft the certificate was in the possession of the appellant, they could find the appellant guilty. The appellant was convicted and his appeal to the Court of Appeal dismissed. Hence the appeal to this Court.

*Held*: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The theft need not have happened on or about June 3, 1977, for the possession on that date to be "recent". Had the jury acquitted, there was reversible error in the trial judge's charge that the Crown could have invoked successfully as regards recency. There was also, as a matter of law, no evidence upon which the jury could predicate a finding, beyond a reasonable doubt, that the theft had taken place on or about June 3, 1977. The trial judge's charge in relation to the intricate facts and amounting to non-direction brought about an unneces-

**Domenic Saieva** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

*a*

N° du greffe: 16200.

1981: 23 novembre; 1982: 23 juin.

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

*b*

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

*Droit criminel — Vol — Possession de biens volés — Doctrine de la possession de biens récemment volés — Absence de preuves quant à la date du vol — Caractère déraisonnable de la conclusion de fait du juge du procès concernant la date du vol — Exposé du juge au jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit relativement au caractère récent? — Critères permettant d'établir le caractère récent de la possession — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 312(1).*

L'appelant a été accusé de possession illégale d'un «certificat de normes de sécurité» qui avait été volé au sens du par. 312(1) du *Code criminel*. Il ressort de la preuve présentée au cours du procès (1) que, le 3 juin 1977, l'appelant a présenté le certificat volé à un bureau d'immatriculation et (2) que le certificat pouvait avoir été volé 50 à 55 semaines auparavant. Aucune preuve n'a été présentée quant à la date précise de ce vol. Le juge du procès, cependant, après avoir expliqué aux jurés la doctrine de la possession de biens récemment volés, leur a souligné que s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que le certificat a été volé vers le 3 juin 1977 et que, peu après ce vol, il se trouvait en la possession de l'appelant, ils pouvaient le déclarer coupable. L'appelant a été déclaré coupable et son appel devant la Cour d'appel a été rejeté, d'où le pourvoi en cette Cour.

*h*

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Il n'est pas nécessaire que le vol ait eu lieu vers le 3 juin 1977 pour que la possession à cette date-là soit «récente». L'exposé du juge du procès contient une erreur relativement au caractère récent et si le jury avait rendu un verdict d'acquiescement, le ministre public aurait pu l'invoquer avec succès pour demander la cassation. De plus, il n'existe en droit aucun élément de preuve qui ait pu amener le jury à conclure hors de tout doute raisonnable que le vol a eu lieu vers le 3 juin 1977. L'exposé du juge du procès concernant les faits compli-

sary and unreasonable finding of fact by the jury which was itself, as a matter of law, wrong. It was incumbent upon him to assist the jurors in their task of determining the time frame within which they could, as a matter of law, establish the approximate moment of the theft. Here, he should have directed them that, as a question of law, they could not determine the moment of the theft as being more recent than some 50 weeks prior to June 3, 1977. Having done so, he should then have given them the usual instructions as to how "recency" is to be determined.

*R. v. Killam* (1973), 12 C.C.C. (2d) 114, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing appellant's appeal from his conviction for possession of stolen property. Appeal allowed.

*Charles Ryall*, for the appellant.

*Bonnie J. Wein*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The appellant was convicted by a jury in the City of Welland of illegal possession of a stolen "Safety Standards Certificate" the property of the Ministry of Transportation and Communications knowing that it had been obtained by theft contrary to s. 312(1) of the *Criminal Code*. He had also been tried at the same time but acquitted on another count of the same indictment for having uttered a forged document; that count related to the same document. He appealed his conviction to the Court of Appeal for Ontario. That appeal was dismissed without reasons. The appellant now comes to this Court on three grounds.

One of these grounds should in my view succeed and an Order for a new trial should ensue. Given the circumstances of the case, I need not and do not intend to address the other two grounds. I will therefore set out only those facts relevant to that ground which is framed by appellant as follows:

Did the Court of Appeal for Ontario err in law in holding that it was not reversible error on the part of the

qués de l'espèce équivaut à une absence de directives et a amené le jury à tirer une conclusion de fait à la fois superflue et déraisonnable qui est elle-même sans fondement juridique. Il incombait au juge du procès d'aider les jurés dans leur tâche en déterminant la période à l'intérieur de laquelle ils pouvaient en droit fixer le moment approximatif du vol. En l'espèce, il aurait dû leur indiquer qu'ils ne pouvaient en droit conclure que le vol a eu lieu plus récemment que quelque 50 semaines avant le 3 juin 1977. Ceci fait, il aurait dû leur donner les directives d'usage quant à la façon de déterminer le «caractère récent».

Jurisprudence: *R. v. Killam* (1973), 12 C.C.C. (2d) 114.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel formé par l'appellant à l'encontre de sa déclaration de culpabilité relativement à la possession de biens volés. Pourvoi accueilli.

*Charles Ryall*, pour l'appellant.

*Bonnie J. Wein*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—A Welland, un jury a déclaré l'appellant coupable de possession illégale d'un «certificat de normes de sécurité» appartenant au ministère des Transports et des Communications, qu'il savait avoir été volé au sens du par. 312(1) du *Code criminel*. Le procès portait en même temps sur un autre chef du même acte d'accusation, savoir l'utilisation d'un document contrefait; ce chef se rapportait au document susmentionné; l'appellant en a été acquitté. L'appel qu'il a formé devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté sans motifs. L'appellant soulève trois moyens en cette Cour.

L'un de ces moyens doit, à mon avis, être retenu et il y a donc lieu d'ordonner un nouveau procès. Compte tenu des circonstances de l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner les deux autres moyens. Je me contenterai donc d'exposer les seuls faits relatifs à ce moyen en utilisant la formulation de l'appellant.

[TRADUCTION] La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que le savant

Learned Trial Judge in inviting the jury, in his charge, to consider the Doctrine of Recent Possession in the absence of evidence establishing the date of the theft and, also, in finding that there was sufficient circumstantial evidence establishing the date of theft without providing reasons in terms of days, months, or years?

The facts, which became apparent during the trial, were that the appellant on June 3, 1977 presented a Safety Standards Certificate, No. 2036898, to a licence bureau for the purpose of effecting the transfer of ownership of a motor vehicle from his father to himself. The certificate had been stolen from the owner of a service station, one J.K., who was an authorized agent of the Ministry of Transport and Communications of Ontario for the issuance of such Safety Standards Certificates. The stolen certificate used by the appellant contained forged signatures of qualified inspectors. J.K. became aware of the theft of the certificate in the fall of 1977. There was no evidence of exactly when the certificate had been stolen.

There is evidence that the station was in possession of booklets of certificates since 1974. The booklets were purchased by the station from the Government five at a time. Each booklet contained twenty certificates. As the station proceeded to an average of two inspections a week, each booklet lasted roughly ten weeks, and the batch of five, close to a year. The certificates were numbered and used in order except the occasional occurrence where a certificate would not be completed before one or two consecutively numbered certificates would be; but this would be exceptional, and would happen only when the owner of the automobile would leave his car at the station longer than the time required for the inspection, usually a day, and a subsequent inspection on another car would be made and the corresponding certificate completed. In any event, this would have no bearing on the rate at which the booklets would be used.

It was not until September 1977 that the operator of the station noticed that four certificates were missing from the book currently in use, that containing certificates numbered 3264861 to

juge du procès n'avait pas commis une erreur donnant lieu à cassation lorsque dans ses directives, il a invité le jury à prendre en considération la doctrine de la possession de biens récemment volés, vu l'absence de preuves établissant la date du vol et, aussi, lorsqu'il a conclu, sans donner de motifs relativement au jour, au mois ou à l'année, que la preuve indirecte suffisait pour établir la date du vol?

Les faits révélés au cours du procès montrent que le 3 juin 1977, l'appelant a présenté à un bureau d'immatriculation un certificat de normes de sécurité, n° 2036898, pour transférer la propriété d'un véhicule à moteur de son père à lui-même. Le certificat avait été volé au propriétaire d'une station-service, un nommé J.K., qui était un agent du ministère des Transports et des Communications de l'Ontario habilité à délivrer les certificats de normes de sécurité en question. Le certificat volé dont l'appelant s'est servi portait les signatures contrefaites d'inspecteurs certifiés. J.K. a constaté le vol du certificat à l'automne de 1977. Aucune preuve n'a été présentée quant à la date précise de ce vol.

Il ressort de la preuve que la station-service détenait des carnets de certificats depuis 1974. Elle les achetait au gouvernement en lots de cinq. Chaque carnet contenait 20 certificats. Comme la station-service effectuait en moyenne deux inspections par semaine, chacun de ces carnets durait environ dix semaines, et chaque lot de cinq, près d'un an. Les certificats étaient numérotés et utilisés dans l'ordre sauf dans les rares cas où un certificat n'était pas rempli avant le certificat suivant ou les deux suivants; cela n'arrivait toutefois que lorsque le propriétaire d'une voiture la laissait au garage plus longtemps qu'il ne le fallait pour l'inspection qui prenait habituellement une journée et que, par la suite, on inspectait une autre voiture et remplissait le certificat correspondant. Quoi qu'il en soit, cela n'a aucune incidence sur le rythme d'utilisation des carnets.

C'est seulement en septembre 1977 que l'exploitant de la station-service s'est aperçu qu'il manquait quatre certificats au carnet dont on se servait à ce moment-là et qui contenait les certificats

3264880. An investigation was carried out in November and other certificates were found missing as far back as four previously used booklets. It is difficult, upon a mere reading of the transcript, and I imagine even more so a mere hearing of the evidence, to grasp with some clarity the chronology of events, as the various booklets were not introduced into evidence in an order that followed the chronology of their probable use at the station, and, more important, of their arrival at the station in batches.

For convenience, I have numbered as 1 to 7 the booklets put in evidence by the Crown and I have indicated the booklets from which there were certificates stolen.

1. 2036841  
to  
2036860
2. 2036861  
to  
2036880
3. 2036881 5 stolen  
to  
2036896 issued on June 28, 1977 (not stolen)  
2036897 issued on June 30, 1977 (not stolen)  
2036898 in possession of appellant,  
2036899 June 3, 1977 (stolen)  
2036900
4. 2036901  
to  
2036920
5. 2036921  
to  
2036940
6. 3264821 3 stolen  
to  
3264840
7. 3264861 8 stolen  
to  
3264880 The theft of 4 of these  
was discovered in September 1977;  
the disappearance of the other 12,  
in November of the same year.

The evidence adduced at trial establishes that there were 16 stolen certificate forms, one of which is the certificate bearing number 2036898, the certificate relevant to this case.

As a first observation, one can see that the stolen certificate in possession of appellant on the 3rd of June was from a booklet that was in use in

portant les numéros 3264861 à 3264880. Au cours d'une enquête menée au mois de novembre, on a découvert qu'il manquait d'autres certificats et que cela remontait même à quatre carnets utilisés avant celui en cause. Il est difficile, à la simple lecture du dossier, et j'imagine qu'il l'était d'autant plus à la simple audition des témoignages, de comprendre avec quelque degré de clarté la chronologie des événements, car les carnets n'ont pas été produits en preuve suivant l'ordre probable de leur utilisation à la station-service et, qui plus est, de leur arrivée en lots à cette station.

Par souci de commodité, j'ai numéroté de 1 à 7 les carnets produits en preuve par la poursuite et j'ai indiqué ceux d'où on a volé des certificats.

1. 2036841  
à  
2036860
2. 2036861  
à  
2036880
3. 2036881 5 volés  
à  
2036896 délivré le 28 juin 1977 (non volé)  
2036897 délivré le 30 juin 1977 (non volé)  
2036898 en la possession de l'appellant le  
2036899 3 juin 1977 (volé)  
2036900
4. 2036901  
à  
2036920
5. 2036921  
à  
2036940
6. 3264821 3 volés  
à  
3264840
7. 3264861 8 volés  
à  
3264880 Le vol de quatre de ces certificats  
a été découvert en septembre 1977;  
c'est au mois de novembre de cette  
même année qu'on a constaté la  
disparition des 12 autres.

Il se dégage de la preuve présentée au procès qu'on avait volé 16 formules de certificat, dont celle portant le numéro 2036898 qui est présentement en cause.

Je fais remarquer en premier lieu qu'il est évident que le certificat volé et en possession de l'appellant le 3 juin provenait d'un carnet utilisé au

the weeks of May and June of 1977. Furthermore, it is only in November that, following J.K.'s discovering in September that four certificates had been stolen from booklet No. 7, the Government investigation revealed the disappearance of the other certificates in booklets that had been previously in use as far back as some 45 to 50 weeks prior to September, when considering booklet No. 3, that from which the certificate in this case was stolen.

It is therefore, in my view, evident that, putting matters at best for the Crown's case, the only certainty one can reasonably have as regards the time-frame during which the theft could have occurred is that it could have happened any time as of the moment of the booklet's arrival at the station and the moment that certificate would normally come up for use.

The certificate would normally have been used, considering its number, not long after the certificate issued on the 30th of June. In any event we know that the theft must of necessity have occurred on or prior to the 3rd of June, for it was on the 3rd of June tendered by appellant to the licence bureau.

We do not know, at least the evidence does not tell us so, when booklet No. 3 arrived at the station. So the only time limit one can reasonably put to the time-frame running prior to the 3rd of June during which the theft could have occurred is the approximate time of arrival at the station of booklet No. 3. As the only evidence on that point is the fact that the booklets arrived in batches of five coupled to the frequency of the inspections, certificate 2036898 that was in possession of the appellant on the 3rd of June 1977 could have been stolen as far back as 50 to 55 weeks prior to that date. Indeed no one said in Court that booklet No. 1 (2036841 to 2036860) was the first booklet of the batch of five that booklet No. 3 was part of, though one might be tempted to assume from the numbers on the certificates of booklets No. 1 to No. 6 that this would be so, and that the theft could have happened some 30 to 35 weeks earlier. But the accused is entitled to the benefit of the doubt, and the determination of the recency of his possession of the stolen certificate must be in

cours des mois de mai et de juin 1977. De plus, c'est seulement en novembre, après que J.K. eut découvert en septembre qu'on avait volé quatre certificats du carnet n° 7, qu'une enquête menée par le gouvernement a révélé la disparition des autres certificats de carnets qu'on avait employés au cours d'une période qui, dans le cas du carnet n° 3, d'où a été volé le certificat en cause ici, remontait à quelque 45 ou 50 semaines avant le mois de septembre.

Il est donc évident, à mon avis, que, suivant l'interprétation la plus favorable possible à la poursuite, la seule certitude que l'on peut raisonnablement avoir en ce qui concerne l'époque du vol, c'est qu'il a pu avoir lieu n'importe quand entre l'arrivée du carnet à la station-service et le moment où le certificat aurait été utilisé dans le cours normal des choses.

Compte tenu de son numéro, on aurait normalement utilisé le certificat peu après celui délivré le 30 juin. Quoi qu'il en soit, on sait que par la force des choses le vol n'a pas été perpétré après le 3 juin, car c'est ce jour-là que l'appellant l'a présenté au bureau d'immatriculation.

On ne sait pas, du moins la preuve ne nous le dit pas, quand le carnet n° 3 est arrivé à la station-service. La seule limite qu'on peut donc raisonnablement fixer à l'époque antérieure au 3 juin au cours de laquelle le vol aurait pu avoir lieu, c'est le moment approximatif de l'arrivée à la station-service du carnet n° 3. Comme la preuve indique simplement à cet égard le fait que les carnets arrivent en lots de cinq ainsi que la fréquence des inspections, il est donc possible que le certificat n° 2036898 qui, le 3 juin 1977, était en la possession de l'appellant, ait pu être volé 50 à 55 semaines avant cette date. D'ailleurs personne n'a témoigné au procès que le carnet n° 1 (2036841 à 2036860) était le premier carnet du lot de cinq dont faisait partie le carnet n° 3, bien que la numérotation des certificats contenus dans les carnets n° 1 à n° 6 puisse nous porter à le croire, de sorte que le vol a pu être commis quelque 30 à 35 semaines auparavant. L'accusé a toutefois droit au bénéfice du doute et, quand il s'agit de déterminer si sa possession du certificat volé était récente, il



regard of a theft that might have happened 50 to 55 weeks earlier.

The trial judge's charge included instructions on the doctrine of recent possession. He clearly and very accurately explained to the jury the doctrine save that he did not in any way explain that it was incumbent upon them to determine, granting the accused the benefit of any reasonable doubt, the moment at which the theft took place and then apply to that finding, and to the other factual findings they will have made, the criteria that are used to establish whether a possession is "recent", which are, having regard to the nature of the object, "its rareness, the readiness in which it can, and is likely to, pass from hand to hand, the ease of its identification and the likelihood of transferability" (*per* Bull J.A., in *R. v. Killam* (1973), 12 C.C.C. (2d) 114 (B.C. C.A.) at p. 131) and such other factors.

What the trial judge told them concerning "recency" is contained in the following passage of his charge:

There is a doctrine which the Crown referred to as the Doctrine of Recent Possession and, on a charge of having possession of property, knowing that it was obtained by the commission in Canada of an offence punishable by indictment, if it is proved that the property has been stolen, and that, shortly after the theft, the property or the stolen property was in possession of the accused person, such possession of stolen property by the accused, if it's unexplained, raises a presumption of fact; not of law, but a presumption of fact, that the accused person committed the offence of having possession of that stolen property, knowing that it was stolen. And, upon such unexplained possession, a jury may, but not must, find the accused person guilty. Now, I reiterate that you may, not necessarily must, find the person guilty in the absence of an explanation.

Now, if, therefore, after considering all of the evidence and the arguments of counsel and my charge, you come to the conclusion that the prosecution has proved to your satisfaction, beyond a reasonable doubt, that the certificate was stolen from the place alleged on the Third of June, 1977, and, shortly after that theft, the certificate was in the possession of the accused, you may, although not must, in the absence of a reasonable

faut considérer que le vol a pu avoir lieu 50 à 55 semaines auparavant.

L'exposé du juge du procès contenait des directives sur la doctrine de la possession de biens récemment volés. Il a expliqué cette doctrine au jury de façon claire et très exacte, sauf qu'il a complètement omis de préciser que les jurés devaient, en donnant à l'accusé le bénéfice de tout doute raisonnable, déterminer le moment du vol puis appliquer à cette conclusion ainsi qu'à leurs autres conclusions de fait, les critères qui servent à établir s'il s'agit de possession «récente». Ces critères sont, eu égard à la nature de l'objet, [TRADUCTION] «sa rareté, la facilité avec laquelle il peut vraisemblablement circuler, la facilité avec laquelle il peut être identifié et la probabilité de transmission» (le juge Bull de la Cour d'appel, dans l'arrêt *R. v. Killam* (1973), 12 C.C.C. (2d) 114 (C.A.C.-B.), à la p. 131) et d'autres facteurs.

Ce que le juge du procès a dit aux jurés relativement au «caractère récent» se dégage du passage suivant tiré de son exposé:

[TRADUCTION] Il existe une doctrine que le ministère public a appelée la doctrine de la possession de biens récemment volés et, lorsqu'une personne est accusée de possession d'un bien qu'elle sait avoir été obtenu par la perpétration d'un acte criminel au Canada, si la preuve est faite que ce bien a été volé et que, peu après le vol, le bien ou le bien volé est en la possession de l'accusé, cette possession du bien volé par l'accusé, si elle n'est pas expliquée, fait naître une présomption de fait; non pas une présomption de droit, mais une présomption de fait selon laquelle l'accusé a commis l'infraction de possession de ce bien volé alors qu'il le savait volé. Et, lorsque cette possession est inexpliquée, un jury peut, bien qu'il n'y soit pas tenu, conclure à la culpabilité de l'accusé. Or, je répète qu'en l'absence d'une explication, vous pouvez conclure à la culpabilité de la personne, mais vous n'êtes pas obligés de conclure ainsi.

Si après avoir pris en considération l'ensemble de la preuve, les plaidoiries des avocats et mon exposé, vous en arrivez à la conclusion que la poursuite vous a convaincus hors de tout doute raisonnable que le certificat a été volé le 3 juin 1977 à l'endroit allégué et que, peu après ce vol, le certificat se trouvait en la possession de l'accusé, vous pouvez, sans pourtant y être tenus, en l'absence d'une explication raisonnable, déclarer l'accusé

explanation, find the accused guilty of the offence with which he is charged.

So, on the charge of possession, it is incumbent upon the Crown to prove, firstly, that that certificate was stolen and, secondly, that it was stolen on or about the Third day of June, 1977, and, uh, that it was in the possession of the accused and the accused knew that it was stolen. Those are the three ingredients that the Crown must prove.

The jury then put to the judge the following question:

If the accused does not offer a reasonable explanation of where he obtained the Safety Certificate, in law, give us an explanation of whether or not it can, may or should be assumed that the accused is guilty as charged.

Following this question, the trial judge reiterated what he had said on the doctrine generally and, as regards recency, then said the following:

Now, with regard to the second count, of possession, let me just read it to you exactly as I gave it to you because I am very careful not to ad-lib, it is too important, about the doctrine of recent possession.

“On a charge of having possession of property, knowing that it was obtained by the commission in Canada of an offence punishable by indictment, if it is proved that the property has been stolen,”

and you don't have to worry about that: we know that the certificate was stolen. I don't think the defense seriously [*sic*] denies [*sic*] the fact that the certificate was stolen.

“... And that, shortly after the theft, the stolen property was in the possession of the accused person, such person, ...”

Had the jury acquitted, there was, in my view, reversible error in this charge that the Crown could have invoked successfully as regards recency. Indeed the theft need not have happened on or about the 3rd day of June 1977 for the possession on that date to be “recent”. But the jury did not acquit, and therefore the question is whether appellant can invoke an error which in effect appears to have resulted in the judge setting a higher burden of proof on the Crown as a prerequisite to the doctrine applying? The answer

coupable de l'infraction qui lui est imputée.

Donc, pour ce qui est de l'accusation de possession, il incombe à la poursuite de prouver en premier lieu que le certificat a été volé et, en deuxième lieu, qu'il l'a été vers le 3 juin 1977 et, euh, qu'il était en la possession de l'accusé et que celui-ci le savait volé. Voilà les trois éléments que la poursuite doit établir.

Le jury a alors posé au juge la question suivante:

[TRADUCTION] Dans l'hypothèse où l'accusé ne présente pas d'explication raisonnable quant à l'endroit où il a obtenu le certificat de sécurité, dites-nous si, en droit, on peut ou on doit présumer l'accusé coupable de l'infraction reprochée.

Cette question ayant été posée, le juge a réitéré ce qu'il avait dit concernant la doctrine en général, puis, relativement au caractère récent, il a ajouté:

[TRADUCTION] Or, pour ce qui est du second chef, c'est-à-dire la possession, je vais simplement vous relire mon exposé relativement à la doctrine de la possession de biens récemment volés, car, vu l'importance de la question, je dois prendre bien garde de ne pas improviser.

«Lorsqu'une personne est accusée de possession d'un bien qu'elle sait avoir été obtenu par la perpétration d'un acte criminel au Canada, si la preuve est faite que ce bien a été volé,»

vous n'avez pas à vous préoccuper de cet aspect-là, car on sait que le certificat a été volé. Je ne crois pas que la défense le conteste sérieusement.

«... et que, peu après le vol, le bien volé est en la possession de l'accusé, cette personne...»

J'estime que cet exposé contient une erreur relativement au caractère récent et si le jury avait rendu un verdict d'acquiescement, le ministère public aurait pu l'invoquer avec succès pour demander la cassation. En fait, il n'est pas nécessaire que le vol ait eu lieu vers le 3 juin 1977 pour que la possession à cette date-là soit «récente». Mais le jury n'a pas rendu un verdict d'acquiescement et la question est donc de savoir si l'appellant peut invoquer une erreur par laquelle le juge paraît en réalité avoir imposé au ministère public une

would clearly be no, were it not for the fact that I find, as a matter of law, that there is no evidence upon which the jury could predicate a finding that, beyond a reasonable doubt, the theft had taken place on or about the 3rd day of June 1977. That finding, as I have indicated, cannot be supported by the evidence. Whilst the initial error of law as regards the Crown's burden of proof cannot itself inure to the benefit of the accused, other shortcomings of the judge's charge in relation to the intricate facts and amounting to non-direction brought about an unnecessary and unreasonable finding of fact by the jury which was itself, as a matter of law, wrong; this latter error should inure to the benefit of the appellant by causing the conviction to be quashed, whilst the initial error should inure to the benefit of the respondent by this appeal resulting not in an acquittal but in an order for a new trial, for I am of the view that, though there was no evidence upon which the jury could find that the theft had taken place on or about the 3rd of June 1977, there was nonetheless evidence upon which the jury could well have reasonably found the possession to be recent.

Though the trial was a short one, the facts were very tricky, as illustrated by the few facts I refer to in this opinion. It must be remembered that evidence was being adduced in support not only of the charge of possession but also of a charge of uttering a forged document, for the latter of which the accused was acquitted. On this charge recency of possession was also an important factor in determining whether the appellant knew that the document he was using was a forgery. But the relevant evidence to that end was quite different as it related not so much to the moment of the theft but rather and mainly to the moment at which the forgery could not have occurred without the knowledge of the accused. I need not consider the matter in detail as the verdict of acquittal on that count is not under appeal. Be it sufficient that I illustrate the matter by the following. The certificate tendered by the appellant contained on the

obligation plus lourde en matière de preuve, obligation dont il devait s'acquitter comme condition de l'application de la doctrine. Si ce n'était ma conclusion qu'en droit, il n'existe aucun élément de preuve qui ait pu amener le jury à conclure hors de tout doute raisonnable que le vol avait eu lieu vers le 3 juin 1977, la réponse serait évidemment négative. La preuve, comme je l'ai déjà indiqué, n'appuie pas cette conclusion. Bien que la première erreur de droit quant au fardeau de la preuve du ministère public ne puisse en soi profiter à l'accusé, l'exposé du juge est entaché d'autres vices, qui se rapportent aux faits compliqués de l'espèce et équivalent à une absence de directives; ceux-ci ont amené le jury à tirer une conclusion de fait à la fois superflue et déraisonnable qui était elle-même sans fondement juridique; cette dernière erreur doit profiter à l'appelant et entraîner l'annulation de la déclaration de culpabilité, tandis que la première erreur doit jouer en faveur de l'intimée, ce pourvoi devant aboutir non pas à un verdict d'acquiescement, mais à une ordonnance de nouveau procès. En effet, j'estime que bien qu'il n'y ait aucun élément de preuve sur lequel le jury a pu se fonder pour conclure que le vol avait eu lieu vers le 3 juin 1977, il y a néanmoins des éléments sur le fondement desquels le jury aurait bien pu raisonnablement conclure qu'il s'agissait de la possession d'un bien récemment volé.

Bien que le procès ait été de courte durée, les faits étaient très complexes, comme l'indiquent les quelques faits exposés dans ces motifs. Il faut se rappeler que l'on présentait des éléments de preuve à l'appui non seulement de l'accusation de possession, mais aussi de celle d'avoir fait usage d'un document contrefait, accusation dont l'accusé a été acquitté. A cet égard, le caractère récent de la possession était également un élément important pour déterminer si l'appelant savait qu'il se servait d'un document contrefait. Mais la preuve pertinente à cette question était tout à fait différente, car elle ne se rapportait pas tant au moment du vol qu'à celui où la contrefaçon n'aurait pu se produire sans que l'accusé le sache. Comme le verdict d'acquiescement relativement à ce chef d'accusation n'est pas contesté, je n'ai pas à m'étendre sur cette question. L'illustration suivante suffit à cet égard. Le certificat qu'a présenté l'appelant était revêtu

face of it the following notice which was in large print:

NOTICE: THE MINISTRY CANNOT TRANSFER A PERMIT ON THE BASIS OF A CERTIFICATE THAT WAS MADE MORE THAN 36 DAYS BEFORE THE DATE OF APPLICATION.

It also contained an odometer reading indicating 11,983, probably miles, as the vehicle was a 1971 model. These two facts are very relevant in relation to the time span during which the certificate could not have been forged without the appellant knowing it, but of very little, if of any, relevance in determining the moment of the theft. Relevant to both charges, recency of possession by appellant was to be computed for one charge (uttering) in relation to the moment it could or could not have been forged without his knowledge and, for the other (possession), in relation to the moment of the theft.

The trial judge did not in any way relate the facts to those different issues and warn the jury of the different time factors applicable to each of the two counts; nor did he refer to the limitation, which I have alluded to earlier, that one must of necessity put to the probative value of the evidence when establishing the moment of the theft of the certificate. All he said of the facts is the following:

Now, I don't think, ladies and gentlemen, that I have to review the evidence. The evidence is quite clear.

Mr. Kelly gave evidence that he owned this inspection station, that he noticed that there were some certificates taken from the book. He reported it to the inspector who came down. Mr. Kelly's evidence shows that, I think sufficiently, that the instrument that we are concerned about here, Safety Standards Certificate #6898, was stolen from his place of business.

Mr. Aliberti and Mr. Turner say that the signatures on that certificate are not theirs. You recall it was I think either Mr. Turner or Mr. Aliberti said that it couldn't have been at the Canadian Tire Station because at that time they were not in business and it couldn't

de l'avis suivant en majuscules:

[TRADUCTION]

AVIS: LE MINISTÈRE NE PEUT EFFECTUER LE TRANSFERT D'UN PERMIS SI LE CERTIFICAT A ÉTÉ REMPLI PLUS DE 36 JOURS AVANT LA DATE DE LA DEMANDE.

Il portait également un chiffre d'odomètre de 11,983, probablement des milles, puisqu'il s'agissait d'un véhicule de modèle 1971. Ces deux faits ont une portée particulière relativement à la période au cours de laquelle le certificat n'aurait pas pu être contrefait sans que l'appelant le sache, mais leur portée est très minime, pour ne pas dire nulle, lorsqu'il s'agit de déterminer le moment du vol. Le caractère récent de la possession par l'appelant, qui est pertinent dans le cas de l'une et l'autre accusation, devait être calculé pour l'une d'elles (l'utilisation) en fonction du moment où le certificat aurait ou n'aurait pas pu être contrefait à son insu et, pour l'autre (la possession) en fonction du moment du vol.

Le juge du procès n'a en aucune façon relié les faits à ces différentes questions, ni attiré l'attention du jury sur le facteur temps applicable à chacun des deux chefs; il n'a pas non plus mentionné la restriction à laquelle j'ai déjà fait allusion, que l'on doit nécessairement apporter à la valeur probante de la preuve en déterminant le moment du vol du certificat. Il a limité ses observations sur les faits à ce qui suit:

[TRADUCTION] Or, je ne crois pas, mesdames et messieurs, qu'il soit nécessaire de passer la preuve en revue. Elle est parfaitement claire.

M. Kelly a témoigné qu'il était propriétaire de ce poste d'inspection, qu'il s'est aperçu que des certificats avaient été enlevés du carnet. Il l'a signalé à l'inspecteur qui s'est rendu sur les lieux. Il ressort de façon suffisamment claire, je crois, du témoignage de M. Kelly que le document qui nous intéresse, savoir le certificat de normes de sécurité n° 6898, a été volé à son lieu d'affaires.

MM. Aliberti et Turner déclarent que les signatures dont le certificat est revêtu ne sont pas les leurs. Vous vous rappelez qu'on a dit, je crois que c'était M. Turner ou M. Aliberti, que le vol n'aurait pas pu avoir lieu à la station-service de Canadian Tire parce qu'à ce

have been at A. J. Hecker's because he had ceased to do business before the First of June, and that the Canadian Tire Store didn't start its inspection until sometime around the Twelfth of June.

You will recall the evidence of the lady who owned the agency where licenses are transferred, that the accused came into her premises and had the car changed over, that he signed his name as purchaser. The accused doesn't deny this because he says in his statement that he went to her place with the Safety Standards Certificate and got a transfer of the Toyota car, using this Safety Standards Certificate, from his father's name into his. The issue still remains, with regard to Count #2, whether or not he knew that that was a stolen Safety Standards Certificate.

With respect, I am of the view that it was incumbent upon the trial judge to assist the jurors in their difficult task by determining the time-frame within which they could, as a matter of law, establish the approximate moment of the theft; in fact, given the particular facts of this case and the fact that the trial was proceeding on two counts, he should have directed them that, as a question of law, they could not determine the moment of the theft as being more recent than some 50 weeks prior to the 3rd of June, 1977. Having done so he should then have given them the usual instructions as to how "recency" is to be determined.

I am not in the least unmindful of the fact that the trial judge's task was not made the easier by the nature of the evidence tendered and the manner in which it was adduced and argued. But I am nevertheless unable to come to the conclusion that, had he addressed those issues as I think he should have, a jury could not reasonably have acquitted.

I would allow the appeal, quash the conviction and order a new trial.

*Appeal allowed and new trial ordered.*

*Solicitor for the appellant: Charles Ryall, Niagara Falls.*

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

moment-là, elle n'était pas encore ouverte, ni chez A.J. Hecker parce qu'il avait fermé son entreprise avant le 1<sup>er</sup> juin, tandis que le magasin Canadian Tire n'a commencé à faire des inspections que vers le 12 juin.

a Vous vous souviendrez que la propriétaire de l'agence où s'effectue le transfert de permis a témoigné que l'accusé s'est rendu à l'agence et a fait transférer la propriété de la voiture, qu'il a apposé sa signature en tant qu'acheteur. L'accusé ne le nie pas parce qu'il dit b dans sa déclaration qu'il s'y est présenté avec le certificat de normes de sécurité et que, se servant de ce certificat, il a fait transférer de son père à lui-même la propriété de la voiture de marque Toyota. La question qui reste à trancher relativement au chef d'accusation c n° 2 est de savoir s'il savait qu'il s'agissait d'un certificat de normes de sécurité volé.

d Avec égards, je suis d'avis qu'il incombait au juge du procès d'aider les jurés dans leur tâche difficile en déterminant la période à l'intérieur de laquelle ils pouvaient en droit fixer le moment approximatif du vol; en fait, étant donné les faits particuliers de l'espèce et vu que le procès portait e sur deux chefs d'accusation, le juge aurait dû leur indiquer qu'ils ne pouvaient en droit conclure que le vol avait eu lieu plus récemment que quelque 50 semaines avant le 3 juin 1977. Ceci fait, il aurait dû leur donner les directives d'usage quant à la façon de déterminer le «caractère récent».

f Je ne suis pas sans savoir que la preuve et la manière dont elle a été présentée et débattue g n'étaient pas de nature à faciliter la tâche du juge du procès. Je ne puis cependant conclure que, s'il avait abordé ces questions, comme à mon avis il aurait dû le faire, un jury n'aurait pas pu raisonnablement rendre un verdict d'acquiescement.

h Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

i *Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureur de l'appelant: Charles Ryall, Niagara Falls.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Armstrong Cork Canada Limited, Armstrong Cork Company, Armstrong Cork Industries Limited and Armstrong Cork Inter-Americas Inc.** (*Defendants*) (*Appellants*) *Appellants*;

and

**Domco Industries Limited** (*Plaintiff*) (*Respondent*) *Respondent*;

and

**Congoleum-Nairn Inc., Congoleum Industries, Inc. and Congoleum Corporation** (*Defendants*) (*Respondents*) *Respondents*.

File No.: 16437.

1981: December 15, 16; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Patents — Infringement — Settlement by patentee — Action of non-exclusive licensee against an infringer for damages — Interpretation and application of s. 57 of the Patent Act — No distinction between exclusive and non-exclusive licensee — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 57.*

Congoleum, the holder of a Canadian patent, granted to Domco a restricted non-exclusive right and licence to make, use and sell the products covered by its patent. Both companies brought an action against the appellants for damages for infringement of patent. Appellants settled with Congoleum but not with Domco. The Federal Court Trial Division allowed Domco's action and the Court of Appeal upheld that decision. This appeal is to determine whether a licensee can claim damages for patent infringement.

*Held:* The appeals should be dismissed.

A person who is a licensee under a patent is a person claiming under the patentee within the meaning of s. 57(1) of the *Patent Act*. There is no valid basis under the wording of that subsection to exclude its application to a non-exclusive licensee. Section 57(1) gave the licensee a statutory right of action and an entitlement to damages sustained in consequence of the patent's infringement. The patentee could not independently

**Armstrong Cork Canada Limited, Armstrong Cork Company, Armstrong Cork Industries Limited et Armstrong Cork Inter-Americas Inc.** (*Défenderesses*) (*Appelantes*) *Appelantes*;

*a*

et

**Domco Industries Limited** (*Demanderesse*) (*Intimée*) *Intimée*;

*b*

et

**Congoleum-Nairn Inc., Congoleum Industries, Inc. et Congoleum Corporation** (*Défenderesses*) (*Intimées*) *Intimées*.

*c*

N° du greffe: 16437.

1981: 15, 16 décembre; 1982: 23 juin.

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

*d*

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Brevets — Contrefaçon — Règlement par le breveté — Action en dommages-intérêts du titulaire d'une licence non exclusive contre un contrefacteur — Interpretation et application de l'art. 57 de la Loi sur les brevets — Rien ne distingue le titulaire d'une licence exclusive du titulaire d'une licence non exclusive — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 57.*

*f*

Congoleum, détenteur d'un brevet canadien, a octroyé à Domco un droit et une licence limités et non exclusifs lui permettant de fabriquer, d'exploiter et de vendre les produits visés par le brevet. Ces deux sociétés ont intenté contre les appelantes une action en dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet. Un règlement est intervenu entre les appelantes et Congoleum mais Domco n'y était pas partie. La Division de première instance de la Cour fédérale a accueilli l'action de Domco et la Cour d'appel a maintenu cette décision. Le présent pourvoi vise à déterminer si le titulaire d'une licence peut réclamer des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet.

*h*

*Arrêt:* Les pourvois sont rejetés.

Le titulaire d'une licence en vertu d'un brevet est une personne se réclamant du breveté au sens du par. 57(1) de la *Loi sur les brevets*. Il n'y a pas de motif valable, en vertu du texte de ce paragraphe, d'exclure de son application le titulaire d'une licence non exclusive. Le paragraphe 57(1) accorde législativement au titulaire d'une licence un droit d'action et un droit à des dommages-intérêts en compensation des pertes subies en consé-

*j*

extinguish that right by virtue of a settlement with the infringer.

*Electric Chain Company of Canada Ltd. v. Art Metal Works Inc.*, [1933] S.C.R. 581; *Heap v. Hartley* (1889), 42 Ch.D. 461; *American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd.*, [1972] F.C. 739; *Flake Board Co. v. Ciba-Geigy Corp.* (1974), 15 C.P.R. (2d) 33; *Spun Rock Wools Ltd. v. Fiberglas Canada Ltd.*, [1943] S.C.R. 547; [1947] A.C. 313, considered.

APPEALS from judgments of the Federal Court of Appeal (1980), 35 N.R. 181, 54 C.P.R. (2d) 155, 118 D.L.R. (3d) 48, [1981] 2 F.C. 510, affirming judgments of the Trial Division (1980), 47 C.P.R. (2d) 1, [1980] 2 F.C. 801. Appeals dismissed.

*Gordon F. Henderson, Q.C.*, and *David Watson, Q.C.*, for the appellants.

*Donald F. Sim, Q.C.*, and *C.E.R. Spring*, for the respondent Domco Industries Limited.

*Donald J. Wright, Q.C.*, and *Donald H. MacOdrum*, for the respondents Congoleum-Nairn Inc. *et al.*

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellants (hereinafter jointly referred to as “Armstrong”) appeal from two judgments of the Federal Court of Appeal which dismissed appeals by Armstrong from the judgments of Mahoney J. at trial. Two actions were originally commenced against Armstrong by the respondent Domco Industries Limited (hereinafter referred to as “Domco”) and by the other respondents (hereinafter jointly referred to as “Congoleum”). The duplication was because of a title dispute, which is no longer material. The issues at trial were identical and the cases were heard together. The appeals to the Federal Court of Appeal were also heard together. The judgments in that Court differ only in relation to the disposition of costs. Similarly, the appeals to this Court were argued as one appeal.

quence de la violation du brevet. Le breveté ne peut éteindre ce droit de façon indépendante en vertu d'un règlement avec le contrefacteur.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Electric Chain Company of Canada Ltd. c. Art Metal Works Inc.*, [1933] R.C.S. 581; *Heap v. Hartley* (1889), 42 Ch.D. 461; *American Cyanamid Co. c. Novopharm Ltd.*, [1972] C.F. 739; *Flake Board Co. c. Ciba-Geigy Corp.* (1974), 15 C.P.R. (2d) 33; *Spun Rock Wools Ltd. c. Fiberglas Canada Ltd.*, [1943] R.C.S. 547; [1947] A.C. 313.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel fédérale (1980), 35 N.R. 181, 54 C.P.R. (2d) 155, 118 D.L.R. (3d) 48, [1981] 2 C.F. 510, qui ont confirmé les jugements de la Division de première instance (1980), 47 C.P.R. (2d) 1, [1980] 2 C.F. 801. Pourvois rejetés.

*Gordon F. Henderson, c.r.*, et *David Watson, c.r.*, pour les appelantes.

*Donald F. Sim, c.r.*, et *C.E.R. Spring*, pour l'intimée Domco Industries Limited.

*Donald J. Wright, c.r.*, et *Donald H. MacOdrum*, pour les intimées Congoleum-Nairn Inc. et autres.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les appelantes (ci-après appelées conjointement «Armstrong») attaquent deux arrêts de la Cour d'appel fédérale qui ont rejeté les appels formés par Armstrong à l'encontre des jugements du juge Mahoney en première instance. Deux actions ont été intentées à l'origine contre Armstrong par l'intimée Domco Industries Limited (ci-après appelée «Domco») et par les autres intimées (ci-après appelées conjointement «Congoleum»). La répétition résultait d'un litige relatif à un titre qui n'est plus en cause. Les questions en litige en première instance étaient identiques et les affaires ont été entendues ensemble. Les appels à la Cour d'appel fédérale ont également été entendus ensemble. Les arrêts de la Cour d'appel fédérale diffèrent uniquement quant à l'adjudication des dépens. De même, les pourvois à cette Cour ont été plaidés comme s'il s'agissait d'un seul pourvoi.

The actions were tried upon an agreed statement of facts and issues and no oral evidence was given. The facts disclose that Congoleum is the holder of Canadian Patent No. 764,004 issued on July 25, 1967, relating to a type of chemically embossed floor covering. By an agreement dated July 8, 1966, Congoleum granted to Domco a restricted non-exclusive right and licence to make, use and sell the products covered by the patent in Canada. The relevant portions of this agreement are as follows:

GRANT

2. (a) LICENSOR hereby grants to LICENSEE under the PATENT RIGHTS, subject to the terms, conditions, and limitations hereof, a restricted non-exclusive right and license to make, use and sell said LICENSED PRODUCTS in Canada.

EXCLUSIVE PERIOD

8. LICENSOR agrees that during the first five-year period from the date of this agreement, it will not grant to any third party a license under said PATENT RIGHTS to manufacture floor, or felt-backed or paper-backed wall covering in Canada. LICENSOR also agrees that during the first three-year period of this agreement, it will not manufacture floor coverings in Canada under said PATENT RIGHTS.

Armstrong, at the time the patent issued, was already selling in Canada products manufactured in the United States. On April 26, 1968, it commenced to manufacture such products in Canada. It continued to sell in Canada products manufactured in the United States. During the period of time relevant to this action only the infringer, Armstrong, and the licensee, Domco, were manufacturing the products covered by the patent in Canada.

In consequence of Armstrong's activities, which were carried on without any licence from Congoleum, the actions referred to above were commenced by Congoleum and Domco as plaintiffs alleging that Armstrong had infringed Congoleum's patent.

Les actions ont été jugées d'après un exposé conjoint des faits et des questions en litige, et aucune preuve orale n'a été présentée. Les faits révèlent que Congoleum est détenteur du brevet canadien n° 764,004, délivré le 25 juillet 1967; celui-ci vise un revêtement de plancher chimiquement gaufré. Par une convention en date du 8 juillet 1966, Congoleum a octroyé à Domco un droit et une licence limités et non exclusifs de fabriquer, d'exploiter et de vendre au Canada les produits visés par le brevet. Les parties pertinentes de cette convention se lisent comme suit:

[TRADUCTION] CESSION

2. a) Le CONCÉDANT cède par les présentes au FABRICANT LICENCIÉ en vertu des DROITS DE BREVET, sous réserve des conditions et restrictions y afférentes, un droit et une licence limités et non exclusifs de fabriquer, d'exploiter et de vendre au Canada lesdits PRODUITS VISÉS DANS LA LICENCE.

PÉRIODE D'EXCLUSIVITÉ

8. Le CONCÉDANT convient que durant les cinq premières années de la présente convention, il ne cédera pas de licence pour la fabrication au Canada des revêtements de plancher ou des revêtements muraux à endos de feutre ou de papier en vertu desdits DROITS DE BREVET. Le CONCÉDANT convient en outre de ne pas fabriquer au Canada des revêtements de plancher en vertu desdits DROITS DE BREVET durant les trois premières années de la présente convention.

Au moment de la délivrance du brevet, Armstrong vendait déjà au Canada des produits fabriqués aux États-Unis. Le 26 avril 1968, elle a commencé à fabriquer ces produits au Canada. Elle a continué à vendre au Canada des produits fabriqués aux États-Unis. Au cours de la période visée en l'espèce, seuls le contrefacteur, Armstrong, et le fabricant licencié, Domco, fabriquaient au Canada les produits visés par le brevet.

A cause des activités qu'Armstrong exerçait sans aucune licence de Congoleum, les demandresses Congoleum et Domco ont intenté les actions mentionnées précédemment, faisant valoir qu'Armstrong avait violé le brevet de Congoleum.



On March 9, 1976, Congoleum and Armstrong agreed to a settlement of the above litigation, as well as litigation between them in the United States. Armstrong paid to Congoleum the sum of \$35,000,000 in full satisfaction of Congoleum's claim. Armstrong was given a licence for the period from the date of settlement to the end of 1976 to enable it to effect an orderly termination of the manufacture and sale of the products.

The memorandum of understanding contained the following provision:

4. The parties to T-476-71 and T-1209-71 will enter into minutes of consent in the form attached. Congoleum undertakes to obtain such action by its subsidiaries and affiliates and by Domco Industries, Ltd. Armstrong undertakes to obtain such action by its subsidiaries and affiliates and represents that it is authorized to take such action on behalf of Trimont Building Supplies, Ltd.

The references to T-476-71 and T-1209-71 are to the numbers of the two actions in the Federal Court. Domco did not agree to the release, with the result that Congoleum proceeded with the settlement as far as it could. The pleadings in the actions were amended so that Congoleum ceased to be a plaintiff and was named as a defendant. As a consequence, while Congoleum appears as a respondent in the appeal to this Court, it supported the position of Armstrong. This is understandable since Congoleum, when Domco refused to be a party to the settlement, undertook to indemnify Armstrong from any claim which Domco might have in the action.

There is now no issue as to the validity of the Congoleum patent, nor as to the fact that Armstrong had infringed it. The real issue is as to whether Domco, as the holder of a licence to make, use and sell in Canada the products covered by the patent, can claim damages from Armstrong arising out of its infringement of that patent. This involves the interpretation and application of s. 57 of the *Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, which provides as follows:

57. (1) Any person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under him for

Le 9 mars 1976, Congoleum et Armstrong se sont entendues sur le règlement du litige mentionné ci-dessus ainsi que du litige qui les opposait aux États-Unis. Armstrong a versé à Congoleum la somme de \$35,000,000 en paiement complet des réclamations de Congoleum. Armstrong a obtenu une licence pour la période allant de la date du règlement jusqu'à la fin de 1976 pour lui permettre de mettre fin de façon ordonnée à la fabrication et à la vente des produits.

Le règlement comporte la disposition suivante:

[TRADUCTION] 4. Les parties aux actions T-476-71 et T-1209-71 vont signer le procès-verbal d'accord suivant la formule ci-jointe. Congoleum s'engage à ce que ses filiales et Domco Industries, Ltd. signent également le procès-verbal. Armstrong s'engage à obtenir la signature de ses filiales et déclare qu'elle est autorisée à le faire au nom de Trimont Building Supplies, Ltd.

La mention de T-476-71 et T-1209-71 renvoie aux numéros de greffe des deux actions en Cour fédérale. Domco a refusé son agrément; par conséquent, Congoleum a exécuté le règlement dans la mesure où elle pouvait le faire. Les actes de procédure dans les actions ont été modifiés de façon que Congoleum cesse d'être demanderesse et devienne défenderesse. En conséquence, même si Congoleum figure comme intimée en l'espèce, elle appuie la position d'Armstrong. On le comprend puisque, lorsque Domco a refusé d'endosser le règlement, Congoleum a convenu d'indemniser Armstrong de toute réclamation que Domco pouvait faire valoir dans l'action.

On ne conteste pas la validité du brevet de Congoleum, ni le fait que Armstrong l'a violé. La véritable question en litige est de savoir si Domco, en sa qualité de titulaire d'une licence qui lui permet de fabriquer, d'exploiter et de vendre au Canada les produits que vise le brevet, peut réclamer à Armstrong les dommages-intérêts qui résultent de la contrefaçon de ce brevet. Le litige met en jeu l'interprétation et l'application de l'art. 57 de la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, chap. P-4, qui se lit ainsi:

57. (1) Quiconque viole un brevet est responsable, envers le breveté et envers toute personne se réclamant

all damages sustained by the patentee or by any such person, by reason of such infringement.

(2) Unless otherwise expressly provided, the patentee shall be or be made a party to any action for the recovery of such damages.

The position taken by Armstrong is that Domco as the holder of a non-exclusive licence was not entitled to invoke s. 57(1) because:

- (a) Domco had no claim to qualify it as a person "claiming under" the patentee;
- (b) Domco did not have any right which could be infringed; and
- (c) Domco could not sustain "damages" by reason of the patent infringement.

Domco contends that the Federal Court of Appeal correctly construed s. 57(1) and was right in holding that a licensee is a person claiming under the patentee, who has a remedy for all damages sustained by it by reason of the infringement of the patent.

Section 57 of the *Patent Act* first appeared as s. 55 of the *Patent Act*, 1935 (Can.), c. 32. It was in the same terms as the present section. Section 55 was a part of a new statute which repealed the earlier Act and which was enacted following representations to and hearings by a Senate committee. In determining its meaning, it is helpful to consider the state of the law prior to its enactment.

The predecessor of s. 57 was s. 32 of the *Patent Act*, R.S.C. 1927, c. 150. It provided as follows:

32. Every person who, without the consent in writing of the patentee, makes, constructs or puts in practice any invention for which a patent has been obtained under this Act or any previous Act, or who procures such invention from any person not authorized by the patentee or his legal representatives to make or use it, and who uses it, shall be liable to the patentee or his legal representatives in an action of damages for so doing; and the judgment shall be enforced, and the damages and costs that are adjudged shall be recoverable, in like manner as in other cases in the court in which the action is brought.

"Legal representatives" was defined in s. 2(c):

du breveté, de tous dommages-intérêts que cette violation a fait subir au breveté ou à cette autre personne.

(2) Sauf dispositions expressément contraires, le breveté doit être, ou être constitué, partie à toute action en recouvrement des dommages-intérêts en l'espèce.

Armstrong fait valoir que Domco, en sa qualité de titulaire d'une licence non exclusive, ne peut invoquer le par. 57(1) parce que:

- a) Domco n'a pas de réclamation qui lui donne la qualité d'une personne «se réclamant» du breveté;
- b) Domco n'a aucun droit susceptible d'être violé; et
- c) Domco ne pouvait subir de «dommages-intérêts» du fait de la violation du brevet.

Domco soutient que la Cour d'appel fédérale a interprété correctement le par. 57(1) et qu'elle a eu raison de conclure qu'un titulaire de licence est une personne se réclamant du breveté, qui a un recours pour tous dommages que la violation du brevet lui fait subir.

L'article 57 de la *Loi sur les brevets* tire son origine de l'art. 55 de la *Loi sur les brevets*, 1935 (Can.), chap. 32, qui était couché dans les mêmes termes que l'article actuel. L'article 55 faisait partie d'une nouvelle loi qui abrogeait la loi antérieure et dont l'adoption suivait la tenue d'audiences par un comité du Sénat. Pour en établir la signification, il convient d'examiner l'état du droit antérieur à son adoption.

La disposition en vigueur avant l'adoption de l'art. 57 était l'art. 32 de la *Loi des brevets*, S.R.C. 1927, chap. 150. Il se lisait ainsi:

32. Quiconque, sans le consentement par écrit du breveté, exécute, confectionne, ou met en pratique une chose pour laquelle un brevet d'invention a été pris sous l'empire de la présente loi ou d'une loi antérieure, ou se procure cette chose d'une personne non autorisée par le breveté ou par ses représentants légaux à l'exécuter ou à en faire usage, et l'exploite, est, pour cet acte, passible, de la part du breveté ou de ses représentants légaux, d'une action en dommages-intérêts; et le jugement est exécuté et les dommages-intérêts et frais adjugés sont recouvrables de la manière suivie, dans les autres cas, en la cour où l'action est portée.

L'expression «représentants légaux» était définie à l'al. 2e):

2. (c) "legal representatives" includes heirs, executors, administrators, guardians, curators, tutors, assigns or other legal representatives;

In *Electric Chain Company of Canada Ltd. v. Art Metal Works Inc.*, [1933] S.C.R. 581, this Court was called upon to consider the ambit of s. 32. The respondent, Dominion Art Metal Works Limited, was the Canadian subsidiary of the respondent, Art Metal Works Inc. of New Jersey, the patentee. Electric Chain Company was the infringer of the patent. Evidence disclosed that it was the Canadian company which had suffered damage by the infringement. The interest held by the Canadian company was characterized to be that of a licensee. Hughes J., who delivered the judgment of the Court, approved of the decision in *Heap v. Hartley* (1889), 42 Ch.D. 461, a judgment of the Court of Appeal in England, and concluded that Dominion Art Metal Works Limited had no cause of action against the infringer.

The question in issue in *Heap v. Hartley* was as to whether the holder of an exclusive licence had title to sue in his own name, without joining the patentee, for infringement of the patent to which his licence related. It was held that he could not. Fry L.J., at p. 470, said:

I am of the same opinion. The Plaintiff in this case sues under an exclusive license to use a certain invention for a certain time, and within a limited district. He sues a person who he says is using that patented invention within the district, and without his license. Now he puts his case in a two-fold manner. He says: "In the first place, as exclusive licensee, I am in the position of an assign of the letters patent for that district and for that term, and as an assign of letters patent, I have a right to restrain any person who is infringing within the district." That argument appears to be based on an entire error with regard to the nature of a license. An exclusive license is only a license in one sense; that is to say, the true nature of an exclusive license is this. It is a leave to do a thing, and a contract not to give leave to anybody else to do the same thing. But it confers like any other license, no interest or property in the thing. A license may be, and often is, coupled with a grant, and that grant conveys an interest in property, but the license pure and simple, and by itself, never conveys an interest in property. It only enables a person to do lawfully what

2. e) «représentants légaux», comprend les héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs, gardiens, curateurs, tuteurs et ayants droit ou autres représentants légaux.

Dans l'arrêt *Electric Chain Company of Canada Ltd. c. Art Metal Works Inc.*, [1933] R.C.S. 581, cette Cour a été appelée à examiner la portée de l'art. 32. L'intimée, Dominion Art Metal Works Limited, était la filiale canadienne de l'intimée Art Metal Works Inc. du New Jersey, le breveté. Electric Chain Company était le contrefacteur du brevet. La preuve a révélé que c'est la société canadienne qui a subi le dommage du fait de la violation. L'intérêt que possédait la société canadienne a été assimilé à celui d'un titulaire de licence. Le juge Hughes, qui a rédigé l'arrêt de la Cour, a approuvé l'arrêt *Heap v. Hartley* (1889), 42 Ch.D. 461, de la Cour d'appel d'Angleterre, et a conclu que Dominion Art Metal Works Limited n'avait pas de cause d'action contre le contrefacteur.

Dans l'affaire *Heap v. Hartley*, la question en litige était de savoir si le titulaire d'une licence exclusive avait qualité pour poursuivre en son propre nom, sans mettre le breveté en cause, pour une violation du brevet auquel se rapportait sa licence. La Cour a conclu qu'il ne pouvait le faire. Le lord juge Fry a dit, à la p. 470:

[TRADUCTION] Je partage cette opinion. Le demandeur en l'espèce poursuit en vertu d'une licence exclusive qui lui permet d'utiliser une certaine invention pendant un certain temps et dans une région déterminée. Il poursuit une personne qui, dit-il, exploite cette invention brevetée dans cette région, et sans sa permission. Il expose son cas de deux façons. Il dit: «D'abord, à titre de titulaire exclusif d'une licence, je suis dans la position d'un cessionnaire des lettres patentes pour cette région et pour cette période et en cette qualité, j'ai le droit de faire cesser les activités de toute personne qui commet une contrefaçon dans cette région.» Cet argument paraît fondé sur une idée complètement erronée de la nature d'une licence. Une licence exclusive est seulement une licence dans un seul sens; c'est-à-dire que la véritable nature d'une licence est la suivante. C'est une permission de faire une chose et un contrat par lequel on s'engage à ne donner à personne d'autre la permission de faire la même chose. Mais cela ne confère, comme tout autre licence, aucun intérêt ou droit réel dans la chose. Une licence peut être, et est souvent, accompagnée d'une

he could not otherwise do, except unlawfully. I think, therefore, that an exclusive licensee has no title whatever to sue.

The issue as to the right of a licensee to sue an infringer in the light of the enactment of s. 55 of the 1935 Act was considered by this Court and, on appeal, by the Privy Council in *Spun Rock Wools Ltd. v. Fiberglas Canada Ltd.*, [1943] S.C.R. 547; [1947] A.C. 313. The action was for infringement of a patent for alleged new and useful improvements in the production of fibres or threads from glass, slag and like meltable materials. The action failed in this court, Rand J. dissenting, on the ground that there was not invention in the claim sued upon. This decision was reversed in the Privy Council.

However the claim was also opposed on the basis that the plaintiff did not have the right to maintain the action. The plaintiff had an exclusive licence to use the patent. Three of the members of the Court, Davis, Taschereau and Kerwin JJ., held that the plaintiff had a right to claim damages under s. 55. Hudson J. expressed no opinion on this issue. Rand J. did not deal with it specifically but, as he decided in favour of the plaintiff, it is clear that he held the view that a claim was available under s. 55. Kerwin J. referred to the fact that the plaintiff claimed as an exclusive licensee, but no point is made of this in the judgment of Davis J., concurred in by Taschereau J.

The decision of this Court as to the effect of s. 55 was upheld in the Privy Council. The judgment was delivered by the Lord Simonds, who said at pp. 320-21:

Here the question is, whether a licensee is a person claiming under the patentee. On this question, even if it was argued before him, the learned trial judge can have had no doubt; for he makes no mention of it in his judgment. In the Supreme Court Davis J. (with whom

concession et cette concession transfère un droit réel, tandis que la licence pure et simple, par elle-même, ne transfère jamais le droit réel. Elle permet seulement à une personne de faire légalement ce qu'elle n'aurait pu faire autrement, sinon illégalement. Je pense donc que le titulaire d'une licence exclusive n'a pas la moindre qualité pour poursuivre.

La question du droit d'un titulaire de licence de poursuivre un contrefacteur dans le contexte de l'adoption de l'art. 55 de la Loi de 1935 a été examinée par cette Cour et, en appel, par le Conseil privé dans l'arrêt *Spun Rock Wools Ltd. c. Fiberglas Canada Ltd.*, [1943] R.C.S. 547; [1947] A.C. 313. Il s'agissait d'une action en contrefaçon d'un brevet portant sur des perfectionnements présentés comme nouveaux et utiles dans la production de fibres ou de fils à partir du verre, de scories et de matières fusibles de ce genre. Cette Cour a rejeté l'action, le juge Rand étant dissident, pour le motif qu'il n'y avait aucune invention dans la revendication visée par l'action. Le Conseil privé a infirmé cette décision.

Cependant, on s'opposait également à la revendication en disant que la demanderesse n'avait pas le droit d'intenter l'action. La demanderesse avait une licence exclusive qui lui permettait d'utiliser le brevet. Trois membres de la Cour, les juges Davis, Taschereau et Kerwin, ont conclu que la demanderesse avait le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de l'art. 55. Le juge Hudson ne s'est pas prononcé sur la question. Le juge Rand n'en a pas précisément traité, mais puisqu'il a décidé en faveur de la demanderesse, il est évident qu'il a admis qu'elle avait un droit à réclamation en vertu de l'art. 55. Le juge Kerwin a mentionné le fait que la demanderesse présentait sa réclamation à titre de titulaire d'une licence exclusive, mais les motifs du juge Davis, auxquels a souscrit le juge Taschereau, ne soulèvent pas ce point.

Le Conseil privé a confirmé la décision de cette Cour quant à l'effet de l'art. 55. Lord Simonds, qui a prononcé le jugement, dit aux pp. 320 et 321:

[TRADUCTION] La question en l'espèce est de savoir si le titulaire d'une licence est une personne se réclamant du breveté. En ce qui concerne cette question, même si on l'a plaidée devant lui, le savant juge de première instance n'a pu avoir de doutes, car il n'y fait pas allusion

Tachereau J. concurred) held that a licensee is for the purpose of the section a person claiming under the patentee. Kerwin J. came to the same conclusion, pointing out that in the Act of 1935 the relevant provision was recast, the words "the patentee and all persons claiming under him" taking the place of the words "the patentee or his legal representatives," which occurred in the earlier Patent Act of 1932, and were not apt to include a licensee. On this question neither Hudson J. nor Rand J. expressed an opinion, but the latter judge, who was in favour of dismissing the appeal, can have had no doubt on the matter. In the face of this consensus of opinion on a Canadian statute their Lordships would in any case hesitate to express a contrary view. But it appears to them that the statutory amendment of 1935 following on the decision of *Electric Chain Co. of Canada, Ltd. v. Art Metal Works Inc.* points irresistibly to the conclusion that licensees are persons claiming under the patentee within the meaning of the section. The patentee by definition means the person for the time being entitled to the benefit of a patent. Section 55, sub-s.1, contemplates an action not only by the person for the time being entitled to the benefit of a patent but also by any person claiming under that person. On the plain language of the section a licensee answers that description. The appellants as licensees were therefore entitled to sue for damages under s. 55.

No differentiation was made in these reasons as between an exclusive and a non-exclusive licence.

The Federal Court of Appeal considered the position of a non-exclusive licence in the case of *American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd.*, [1972] F.C. 739. The plaintiff had a non-exclusive licence from the patentee to manufacture, have manufactured for it, use and sell certain products manufactured by the patented processes. It sued an alleged infringer of the patent. The defendant moved to strike out the statement of claim as disclosing no cause of action because the plaintiff was not a person claiming under the patentee within the meaning of s. 57(1).

All of the three members of the Court were of the view that the judgment of the Privy Council in

dans son jugement. En Cour suprême, le juge Davis (à l'opinion duquel le juge Taschereau a souscrit) a décidé que le titulaire d'une licence est, aux fins de l'article, une personne se réclamant du breveté. Le juge Kerwin est parvenu à la même conclusion et a fait remarquer que, dans la Loi de 1935, la disposition applicable avait été modifiée, l'expression «le breveté et . . . toute personne se réclamant du breveté» remplaçant les mots «le breveté ou . . . ses représentants légaux» qui se trouvaient dans la Loi de 1932 sur les brevets et qui ne pouvaient pas englober le titulaire d'une licence. Ni le juge Hudson ni le juge Rand n'ont formulé d'opinion à cet égard; toutefois ce dernier, qui préconisait le rejet de l'appel, n'a pu avoir de doutes à ce sujet. Face à ce consensus sur la loi canadienne, leurs Seigneuries hésiteraient en tout état de cause à formuler une opinion contraire. Il leur semble cependant que la modification apportée à la Loi en 1935 par suite de l'arrêt *Electric Chain Co. of Canada, Ltd. c. Art Metal Works Inc.* les oblige à conclure que les titulaires de licence sont des personnes se réclamant du breveté au sens de cet article. Par définition, le breveté est la personne qui bénéficie actuellement d'un brevet. Le paragraphe 55(1) accorde un droit d'action non seulement à la personne qui bénéficie actuellement d'un brevet, mais aussi à toute personne se réclamant de cette personne. Au sens courant des termes de cet article, un titulaire de licence répond à cette définition. Les appelantes, en tant que titulaires de licence, pouvaient donc agir en dommages-intérêts sur le fondement de l'art. 55.

Dans ces motifs, on ne fait pas la distinction entre une licence exclusive et une licence non exclusive.

La Cour d'appel fédérale a examiné la situation d'une licence non exclusive dans l'arrêt *American Cyanamid Co. c. Novopharm Ltd.*, [1972] C.F. 739. La demanderesse avait obtenu du breveté une licence non exclusive qui lui permettait de fabriquer, de faire fabriquer pour son compte, d'exploiter et de vendre certains produits fabriqués suivant des procédés brevetés. Elle a intenté une action contre un contrefacteur présumé du brevet. La défenderesse a présenté une requête en radiation de la déclaration pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action puisque la demanderesse n'était pas une personne se réclamant du breveté au sens du par. 57(1).

Les trois membres de la Cour ont exprimé l'avis que selon l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire

the *Fiberglas (supra)* case had decided that a person who is a licensee under a patent is a person claiming under the patentee within the meaning of s. 57(1). However, Chief Justice Jackett, dissenting on this point, was of the opinion that since a non-exclusive licence merely entitled the licensee to use the patented invention, and as this right of use is not affected by the infringement of the patent, the licensee suffered no damage from the infringement and therefore the statement of claim disclosed no cause of action.

The other two members of the Court did not share this view. Bastin D.J. said at p. 764:

It can hardly be questioned that the diminution in the volume of his sales due to sales by an infringer can result in a loss to a non-exclusive licensee. It might be argued that Parliament never contemplated compelling an infringer to compensate a non-exclusive licensee for such *de facto* damages but intended to restrict damages for which an infringer is liable to those of a person whose rights were directly infringed by the particular act of infringement. On this reasoning, a bare licensee has merely permission to make use of the patent and, unless his freedom to exercise this permission is interfered with, he cannot complain. On the other hand, an exclusive licensee has been granted a monopoly and an infringement on the patent directly affects this legal right. This may appear a logical argument but the answer is that the right of any licensee to collect damages is purely statutory and, if Parliament had intended to distinguish between an exclusive and a non-exclusive license, it would have made this clear. Since Parliament has made no such distinction, it follows that all licensees should be treated alike.

Sweet D.J. said at pp. 767-68:

It would seem logical for Parliament to decide to correct the situation wherein the licensee, under such circumstances, had no protection from and no recourse against the infringer and, in enacting section 57(1) in its present form, to create, by statute, a right in the licensee against the infringer and to provide a means of enforcing that right. Certainly the change was not necessary for the protection of the patentee or the assignee of the patent. They were already protected.

*Fiberglas* (précitée), le titulaire d'une licence en vertu d'un brevet est une personne se réclamant du breveté au sens du par. 57(1). Cependant, le juge en chef Jackett, dissident sur ce point, s'est dit d'avis que, puisqu'une licence non exclusive permettait simplement au titulaire d'utiliser l'invention brevetée, et comme la violation du brevet ne porte pas atteinte à ce droit d'usage, le titulaire de la licence n'a subi aucun dommage du fait de la violation et, par conséquent, la déclaration ne révélait aucune cause d'action.

Les deux autres membres de la Cour n'ont pas partagé cette opinion. Le juge suppléant Bastin a dit, à la p. 764:

On peut difficilement contester que la diminution du volume des ventes imputable à celles qu'a réalisées le contrefacteur puisse causer un préjudice au titulaire d'une licence non exclusive. On pourrait soutenir que le législateur n'a jamais envisagé d'obliger un contrefacteur à indemniser le titulaire d'une licence non exclusive pour de tels dommages de fait, mais qu'il a eu l'intention de limiter les dommages dont le contrefacteur est responsable à ceux subis par une personne dont les droits ont été directement violés par la contrefaçon même. D'après ce raisonnement, le titulaire d'une simple licence a seulement l'autorisation d'exploiter le brevet et il ne peut présenter de réclamation que si l'on porte atteinte à sa liberté d'user de cette autorisation. Par ailleurs, le titulaire d'une licence exclusive a reçu un monopole et toute contrefaçon du brevet influe directement sur ce droit. Cela peut sembler être un argument logique, mais on y répond en disant que le droit qu'a tout titulaire de licence de recouvrer des dommages-intérêts est purement statutaire et que, si le législateur avait eu l'intention d'établir une distinction entre le titulaire d'une licence exclusive et celui d'une licence non exclusive, il l'aurait dit clairement. Puisque le législateur n'a pas fait de distinction semblable, il s'ensuit que tous les titulaires de licence doivent être traités de la même façon.

Le juge suppléant Sweet a dit, aux pp. 767 et 768:

Il semblait logique que le législateur décide de corriger cette situation où le titulaire d'une licence, dans de telles circonstances, n'était pas protégé et n'avait aucun recours contre le contrefacteur, et crée, par voie légale, en promulguant l'article 57(1) dans sa forme actuelle, un droit au profit du titulaire d'une licence contre le contrefacteur en lui fournissant les moyens de faire valoir ce droit. Ce changement n'était certes pas nécessaire pour protéger le breveté ou le cessionnaire du brevet. Ils l'étaient déjà.

An analysis of section 57(1) of the *Patent Act* reveals, I think, Parliament's intention to create such a right and to provide the accompanying remedy and that it has implemented that intention and accomplished its purpose. In this connection, the following are noted:

1. The expressed liability of the person who infringes both to the patentee and to all persons claiming under him is set out in the same subsection and in the same terms.

2. The words "any person who infringes a patent is liable to" relate both to the patentee and to persons claiming under him.

3. The words "for all damages sustained" relate both to the patentee and to persons claiming under him.

4. There is no differentiation between the liability of the infringer to the patentee and to persons claiming under him nor is there any differentiation between the nature of the rights the patentee and the persons claiming under him have against the person infringing.

It seems to me to be made manifest by the legislation that what the patentee is entitled to and what the persons claiming under him are entitled to are basically the same, namely, "all damages sustained" by them respectively by reason of the infringement. It would, of course, be inconceivable that the patentee with a valid patent would not be entitled, from the person who infringes, to damages in compensation for his loss by reason of the infringement. Having regard to the structure of section 57(1), I am of opinion that all persons claiming under the patentee, who would include non-exclusive licensees, now have the same basic right, as has the patentee, namely, to recover from the person who infringes, damages in compensation for their losses by reason of the infringement.

A similar application to strike out a statement of claim as disclosing no cause of action, because the plaintiff who was a non-exclusive licensee in respect of the use of a patent, was seeking damages as a result of the infringement of the patent, was made unsuccessfully in *Flake Board Co. v. Ciba-Geigy Corp.* (1974), 15 C.P.R. (2d) 33. Chief Justice Jackett, who presided, said:

Counsel for the appellant conceded that, in so far as the application to strike out Cyanamid of Canada as a plaintiff is concerned, the appeal to this Court must be dismissed having regard to the decision of this Court in

L'analyse de l'article 57(1) de la *Loi sur les brevets* révèle, selon moi, l'intention du législateur de créer un tel droit et de fournir le recours accessoire; elle révèle également qu'il a mis en oeuvre cette intention et qu'il a atteint son but. A cet égard, on remarque ce qui suit:

1. La responsabilité formelle de l'auteur d'une contrefaçon, à la fois envers le breveté et envers toute personne se réclamant du breveté, est exposée dans le même paragraphe et dans les mêmes termes.

2. L'expression «quiconque viole un brevet est responsable» concerne à la fois le breveté et la personne se réclamant de lui.

3. L'expression «de tous dommages-intérêts (que cette contrefaçon) a fait subir» concerne à la fois le breveté et toute personne se réclamant de lui.

4. Il n'existe aucune différence entre la responsabilité du contrefacteur envers le breveté et celle qu'il a envers les personnes se réclamant du breveté, pas plus qu'il n'en existe entre la nature des droits du breveté et celle des droits de personnes s'en réclamant à l'encontre du contrefacteur.

La Loi indique clairement, me semble-t-il, que le breveté ainsi que les personnes se réclamant de lui ont des droits fondamentalement identiques, à savoir, «tous dommages-intérêts» que cette contrefaçon leur «a fait subir» respectivement. Il serait évidemment inconcevable que le breveté, possédant un brevet valide, ne soit pas habilité à recouvrer de l'auteur de la contrefaçon, des dommages-intérêts en compensation de la perte imputable à cette contrefaçon. Compte tenu de la rédaction de l'article 57(1), je suis d'avis que toute personne se réclamant du breveté, y compris le titulaire d'une licence non exclusive, dispose désormais du même droit fondamental que le breveté, à savoir, celui de recouvrer de l'auteur d'une contrefaçon les dommages-intérêts en compensation des pertes imputables à la contrefaçon.

Dans l'affaire *Flake Board Co. c. Ciba-Geigy Corp.* (1974), 15 C.P.R. (2d) 33, on a rejeté une demande semblable de radiation d'une déclaration pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action parce que la demanderesse, titulaire d'une licence non exclusive qui lui permettait d'utiliser un brevet, cherchait à obtenir des dommages-intérêts à cause de la violation du brevet. Le juge en chef Jackett, qui présidait l'audience, a dit:

L'avocat de l'appelante a admis qu'en ce qui concerne la demande de radiation de la Cyanamid of Canada en tant que demanderesse, l'appel interjeté devant la Cour doit être rejeté compte tenu de la décision de cette cour

*American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd.* (1972), 7 C.P.R. (2d) 61, [1972] F.C. 739.

The appellant, who was obviously seeking a decision on the point by this Court, then applied for leave to appeal to this Court contending that the appeal raised a question of law as to whether the plaintiff, being merely a non-exclusive licensee, had the status to be a plaintiff, *i.e.* whether the plaintiff was a person claiming under the patentee within the meaning of s. 57(1) of the *Patent Act*. Leave to appeal was refused by this Court, [1974] S.C.R. viii.

Counsel for Armstrong recognizes that both this Court and the Privy Council considered that the enactment of s. 55 (now s. 57) of the *Patent Act* was as a consequence of the decision of this Court in *Electric Chain Co. v. Art Metal Works Inc.* to which reference has already been made. The reference in the Privy Council, at p. 320, already quoted, is in these terms:

But it appears to them that the statutory amendment of 1935 following on the decision of *Electric Chain Co. of Canada, Ltd. v. Art Metal Works Inc.* points irresistibly to the conclusion that licensees are persons claiming under the patentee within the meaning of the section.

However, he contends that s. 57(1) was only intended to change the law so as to provide a remedy to someone who by contract had been granted exclusive rights under a patent, *i.e.* the holder of an exclusive licence. He also contends that the judgments in *Fiberglas* in this Court and in the Privy Council go no further than that.

While it is true that the licensee actually under consideration in the *Fiberglas* case was said to be "the exclusive sub-licensee" (or "exclusive licensee") under the patent, no information is given in any of the judgments as to the precise nature of the licence, and nothing in the reasons for judgment on this point turned on the distinction between an exclusive licensee and a non-exclusive licensee or a bare licensee. Both Mr. Justice Davis in this Court delivering his and Mr. Justice Taschereau's judgment and Lord Simonds in the Judicial Committee used the general word "licensee"

dans l'affaire *American Cyanamid Co. c. Novopharm Ltd.* (1972), 7 C.P.R. (2d) 61, [1972] C.F. 739.

L'appelante, qui cherchait évidemment à obtenir une décision de cette Cour sur ce point, a alors demandé la permission d'en appeler en faisant valoir que l'appel soulevait une question de droit, à savoir, la demanderesse, simple titulaire d'une licence non exclusive, avait-elle qualité pour agir comme demanderesse, c.-à-d. la demanderesse était-elle une personne se réclamant du breveté au sens du par. 57(1) de la *Loi sur les brevets*? Cette Cour a refusé la permission d'appeler, [1974] R.C.S. viii.

L'avocat d'Armstrong reconnaît que tant cette Cour que le Conseil privé ont indiqué que l'adoption de l'art. 55 (maintenant l'art. 57) de la *Loi sur les brevets* résultait de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Electric Chain Co. v. Art Metal Works Inc.* déjà mentionnée. La mention qu'en a faite le Conseil privé à la p. 320, précitée, se lit comme suit:

[TRADUCTION] Il leur semble cependant que la modification apportée à la Loi en 1935 par suite de l'arrêt *Electric Chain Co. of Canada, Ltd. c. Art Metal Works Inc.* les oblige à conclure que les titulaires de licence sont des personnes se réclamant du breveté au sens de cet article.

Cependant, il fait valoir que le par. 57(1) avait uniquement pour objet de modifier la loi de façon à accorder un recours à celui qui, par contrat, a obtenu des droits exclusifs en vertu d'un brevet, c.-à-d. le titulaire d'une licence exclusive. Il fait en outre valoir que les arrêts de cette Cour et du Conseil privé dans l'affaire *Fiberglas* ne vont pas plus loin.

Même s'il est exact que le titulaire de la licence dont il s'agissait dans l'affaire *Fiberglas* était présenté comme «le sous-titulaire d'une licence exclusive» (ou «le titulaire d'une licence exclusive») du brevet, les arrêts ne donnent aucun renseignement concernant la nature précise de la licence, et rien dans les motifs de jugement sur ce point ne porte sur la distinction entre le titulaire d'une licence exclusive et le titulaire d'une licence non exclusive ou le simple titulaire d'une licence. Dans leurs motifs de jugement, le juge Davis de cette Cour aux motifs duquel le juge Taschereau a souscrit, et



in delivering their judgments. It cannot be supposed that they did so intending that only an exclusive licensee was being considered, particularly when Lord Simonds defined the issue of law as being: "Here the question is whether a licensee is a person claiming under the patentee" (p. 320).

Armstrong sought to distinguish an exclusive licence from a non-exclusive licence on the basis that the former was a grant of a part of the monopoly and that such a licensee was practically an assignee of the patent for the term of the licence with all the beneficial rights of the patentee. It is difficult to reconcile this reasoning with what was said in *Heap v. Hartley (supra)* (applied by this Court in the *Electric Chain Co.* case) in the passage which I have already quoted. I repeat from that passage the following portion which is apt in relation to Armstrong's submission:

Now he puts his case in a two-fold manner. He says: "In the first place, as exclusive licensee, I am in the position of an assign of the letters patent for that district and for that term, and as an assign of letters patent, I have a right to restrain any person who is infringing within the district." That argument appears to be based on an entire error with regard to the nature of a license. An exclusive license is only a license in one sense; that is to say, the true nature of an exclusive license is this. It is a leave to do a thing, and a contract not to give leave to anybody else to do the same thing. But it confers like any other license, no interest or property in the thing.

In my opinion, the reasons which led this Court and the Privy Council to the conclusion reached in the *Fiberglas* case are as applicable to a non-exclusive licensee as to an exclusive licensee. If an exclusive licensee is a person claiming under the patentee within s. 57(1), and the *Fiberglas* case so holds, there is no valid basis, under the wording of the subsection, to exclude its application to a non-exclusive licensee, and there is no valid basis for interpreting the *Fiberglas* case as holding otherwise.

lord Simonds du Comité judiciaire ont employé l'expression générale «titulaire d'une licence». On ne peut supposer qu'ils l'ont employée en voulant en limiter l'application au titulaire d'une licence exclusive, en particulier lorsque lord Simonds a défini la question de droit comme suit: [TRADUCTION] «La question en l'espèce est de savoir si un titulaire d'une licence est une personne qui se réclame du breveté» (p. 320).

Armstrong tente d'établir une distinction entre une licence exclusive et une licence non exclusive en disant que la première accorde une partie du monopole et que le titulaire de cette licence est pratiquement, pour la durée de la licence, un cessionnaire du brevet avec tous les droits découlant du brevet. Il est difficile de concilier ce raisonnement et ce qu'on a dit dans l'arrêt *Heap v. Hartley* (précité) (que cette Cour a appliqué dans l'affaire *Electric Chain Co.*) dans le passage que j'ai déjà cité. J'en répète l'extrait suivant qui est pertinent à l'égard de l'argument d'Armstrong:

[TRADUCTION] Il expose son cas de deux façons. Il dit: «D'abord, à titre de titulaire exclusif d'une licence, je suis dans la position d'un cessionnaire des lettres patentes pour cette région et pour cette période et, en cette qualité, j'ai le droit de faire cesser les activités de toute personne qui commet une contrefaçon dans cette région.» Cet argument paraît fondé sur une idée complètement erronée de la nature d'une licence. Une licence exclusive est seulement une licence dans un seul sens; c'est-à-dire que la véritable nature d'une licence est la suivante. C'est une permission de faire une chose et un contrat par lequel on s'engage à ne donner à personne d'autre la permission de faire la même chose. Mais cela ne confère, comme toute autre licence, aucun intérêt ou droit réel dans la chose.

A mon avis, les motifs qui ont amené cette Cour et le Conseil privé à conclure comme ils l'ont fait dans l'affaire *Fiberglas* s'appliquent autant au titulaire d'une licence non exclusive qu'au titulaire d'une licence exclusive. Si le titulaire d'une licence exclusive est une personne qui se réclame du breveté au sens du par. 57(1), ce que l'arrêt *Fiberglas* décide, il n'y a pas de motif valable, en vertu du texte de ce paragraphe, d'exclure de son application le titulaire d'une licence non exclusive, et il n'y a pas de motif valable d'interpréter autrement la conclusion de l'arrêt *Fiberglas*.

It was also contended on behalf of Armstrong that a non-exclusive licensee has no rights which can be infringed and therefore has no claim against the infringer of a patent. This was the view of Jackett C.J. in the *American Cyanamid* case. He was of the opinion that the non-exclusive licensee had only a right to use the patent, which right was not affected by its infringement.

This was the legal position, even in respect of an exclusive licensee, prior to the enactment of s. 55 of the 1935 Act. Section 55 was enacted to meet this difficulty and, in my opinion, it has overcome the problem. Section 55(1), by its terms, imposes a liability upon the infringer of a patent to the patentee and also to all persons claiming under him for all damages sustained by the patentee or any such person by reason of such infringement. It is the infringement of the patent which gives rise to a liability. If that infringement causes damage to the patentee or to any person claiming under him, the infringer must compensate for the damage sustained by reason of the infringement of the patent. A licensee relying on this subsection is not claiming against the infringer for infringement of his rights under the licence, he is claiming for the damage he has sustained in consequence of the infringement of the patent.

On this point, I adopt the reasons of Sweet D.J. in the *American Cyanamid* case which have already been quoted.

Armstrong contended that the meaning of the word "damages" in s. 57(1) meant loss resulting from interference with the legal rights of the claimant. "Damages", it was said, refers to pecuniary recompense given by process of law to a person for an actionable wrong that another has done to him.

The meaning of the word "damages" must be ascertained in respect of its use in this specific statutory provision. In section 57(1) it is provided in terms that an infringer of a patent is liable for all damages sustained by reason of his infringe-

On a en outre fait valoir au nom d'Armstrong que le titulaire d'une licence non exclusive n'a pas de droits susceptibles d'être violés et donc n'a pas de recours contre le contrefacteur d'un brevet. C'est l'opinion que le juge en chef Jackett a exprimée dans l'arrêt *American Cyanamid*. Il était d'avis que le titulaire d'une licence non exclusive avait uniquement le droit d'exploiter le brevet, et que la contrefaçon ne portait pas atteinte à ce droit.

C'était la situation juridique qui prévalait, même à l'égard du titulaire d'une licence exclusive, avant l'adoption de l'art. 55 de la Loi de 1935. L'article 55 a été adopté pour régler cette difficulté et, à mon avis, il a résolu le problème. Le paragraphe 55(1), par son texte même, impose au contrefacteur du brevet une responsabilité envers le breveté et également envers toutes les personnes qui se réclament de lui pour tous dommages que subissent le breveté ou ces personnes en raison de la violation. La responsabilité découle de la violation du brevet. Si la violation cause des dommages au breveté ou à une personne qui se réclame de lui, le contrefacteur doit les indemniser des dommages imputables à la violation du brevet. Un titulaire de licence qui invoque ce paragraphe ne réclame rien au contrefacteur pour la violation des droits que lui accorde la licence, il réclame des dommages-intérêts en compensation des pertes qu'il a subies en conséquence de la violation du brevet.

Sur ce point, je souscris aux motifs déjà cités du juge suppléant Sweet dans l'affaire *American Cyanamid*.

Armstrong a fait valoir que l'expression «dommages-intérêts» au par. 57(1) signifie la perte qui résulte d'une ingérence dans les droits du réclamant. L'expression «dommages-intérêts», dit-elle, se rapporte à l'indemnisation pécuniaire accordée par l'application de la loi à une personne pour un tort donnant ouverture à procès et qu'une autre personne lui a fait subir.

Il faut chercher à établir le sens de l'expression «dommages-intérêts» employée dans cette disposition législative particulière. Le paragraphe 57(1) prévoit expressément que le contrefacteur est responsable de tous dommages qu'il fait subir au

ment by a patentee or by any person claiming under him. This is a statutory obligation to pay damages and it applies in favour of any person who comes within the provisions of the subsection. In my opinion, Domco does come within the terms of the subsection.

Finally, Armstrong contended that the settlement made between Armstrong and Congoleum meant that there was no longer any infringement of the patent and, that, therefore, there could not be any remaining claim by the licensee, Domco, for damages for infringement.

The terms of settlement did not purport to say that there had been no infringement by Armstrong of Congoleum's patent. The settlement provided for the payment by Armstrong to Congoleum of \$35,000,000 "in full satisfaction of Congoleum's claims". Congoleum accepted this sum in satisfaction of its claims for damages for infringement.

Domco since the commencement of the proceedings has sought damages on the basis of its being a licensee. It was not a party to nor did it have any part in the settlement between Armstrong and Congoleum. It was a term of the settlement that Congoleum would obtain the release and consent from Domco in respect of its claim. When Domco would not sign the release and consent unless it received a portion of the settlement monies, Congoleum undertook to indemnify Armstrong from any claim that Domco might have in the action.

Section 57(1) gave to Domco a statutory right of action and an entitlement to damages which Congoleum could not independently extinguish by virtue of its settlement with the Armstrong.

For these reasons I would dismiss the appeals with costs to the respondent, Domco, against the appellant, Armstrong, and the respondent, Congoleum. As the two appeals were identical, there should be only one set of costs.

*Appeals dismissed with costs.*

breveté ou à toute personne qui se réclame du breveté en raison de la violation. C'est une obligation prévue par la loi de payer les dommages-intérêts et elle s'applique en faveur de toute personne visée par les dispositions de ce paragraphe. A mon avis, Domco relève effectivement de ce paragraphe.

Enfin, Armstrong a fait valoir que le règlement intervenu entre Armstrong et Congoleum signifie qu'il n'y a plus aucune violation du brevet et que, par conséquent, le titulaire de la licence, Domco, ne peut plus avoir de réclamation en raison de la violation.

Les conditions du règlement ne veulent pas dire qu'Armstrong n'a pas violé le brevet de Congoleum. Le règlement prévoit qu'Armstrong doit payer à Congoleum \$35,000,000 [TRADUCTION] «en règlement intégral des réclamations de Congoleum». Congoleum a accepté cette somme en règlement de ses réclamations en dommages-intérêts imputables à la violation.

Depuis l'introduction des procédures, Domco cherche à obtenir des dommages-intérêts en sa qualité de titulaire d'une licence. Elle n'était pas partie au règlement intervenu entre Armstrong et Congoleum et elle n'y a joué aucun rôle. Selon une des conditions du règlement, Congoleum devait obtenir la quittance et le consentement de Domco à l'égard de sa réclamation. Lorsque Domco a refusé de signer la quittance et de donner son consentement à moins de recevoir une part du montant prévu par le règlement, Congoleum s'est engagée à indemniser Armstrong de toute réclamation que Domco pourrait avoir dans l'action.

Le paragraphe 57(1) accorde législativement à Domco un droit d'action et un droit à des dommages-intérêts que Congoleum ne pouvait éteindre de façon indépendante en vertu du règlement avec Armstrong.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens en faveur de l'intimée Domco contre l'appelante Armstrong et l'intimée Congoleum. Comme les deux pourvois sont identiques, il n'y aura qu'une seule adjudication de dépens.

*Pourvois rejetés avec dépens.*

*Solicitors for the appellants: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent Domco Industries Limited: Donald F. Sim, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Congoleum-Nairn Inc. et al.: Hayhurst, Dale & Deeth, Toronto.*

*Procureurs des appelantes: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée Domco Industries Limited: Donald F. Sim, Toronto.*

*Procureurs des intimées Congoleum-Nairn Inc. et autres: Hayhurst, Dale & Deeth, Toronto.*



**The Alberta Union of Provincial Employees on behalf of Branch 63, Edmonton, Alberta**  
*Appellant;*

and

**The Public Service Employee Relations Board in and for the Province of Alberta and its members** *Appellant;*

and

**The Board of Governors of Olds College, Olds, Alberta** *Respondent.*

File No.: 16305.

1982: February 9; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

*Labour relations — Arbitration as to items to be incorporated into first collective agreement — The Public Service Employee Relations Board finding certain items non-arbitral by statute — Findings of Court reviewing Board's decision appealed — Whether or not items properly excluded from arbitration board's consideration by Court of Appeal — The Public Service Employee Relations Act, 1977 (Alta.), c. 40, ss. 9, 11, 48, 49, 89.*

During negotiations for a first contract, the college and the union found it necessary to submit a list of contentious items, to be considered for inclusion in the agreement, for a ruling by an arbitration board. The Public Service Employee Relations Board decided that sixty items could be submitted to arbitration and that seven were excluded by s. 48(2) of the Act. The Court of Appeal reversed in part the findings of the trial judge in an application to quash and held that four matters were non-arbitral due to the operation of s. 48 of the Act. This Court considered whether or not those items were to be excluded from interest arbitration.

*Held* (Martland and Beetz JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: *Certiorari*, considered in light of the privative effects of ss. 9 and 11, was a

**The Alberta Union of Provincial Employees au nom de la section 63, Edmonton (Alberta)**  
*Appelante;*

*a* et

**The Public Service Employee Relations Board de la province de l'Alberta et ses membres** *Appelante;*

*b* et

**Le Conseil d'administration de Olds College, Olds (Alberta)** *Intimé.*

*c* N° du greffe: 16305

1982: 9 février; 1982: 23 juin.

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

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

*e* *Relations de travail — Arbitrage d'articles à incorporer dans la première convention collective — Conclusion de The Public Service Employee Relations Board selon laquelle la Loi exclut certains articles de l'arbitrage — Appel à l'encontre de la décision de la Cour ayant révisé la décision de la Commission — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'exclure certains articles de la compétence du conseil d'arbitrage? — The Public Service Employee Relations Act, 1977 (Alta.), chap. 40, art. 9, 11, 48, 49, 89.*

*f* Pendant les négociations en vue de la première convention collective, le collège et le syndicat ont jugé nécessaire de soumettre à un conseil d'arbitrage une liste d'articles litigieux qu'on envisageait d'inclure dans la convention. The Public Service Employee Relations Board a jugé que soixante articles étaient susceptibles d'arbitrage et que sept autres ne l'étaient pas parce qu'ils relevaient du par. 48(2) de la Loi. La Cour d'appel a modifié partiellement la décision du juge de première instance lors d'une demande d'annulation et statué que quatre des articles n'étaient pas susceptibles d'arbitrage parce qu'ils étaient visés par l'art. 48 de la Loi. Cette Cour a examiné si ces articles devaient être exclus de l'arbitrage de divergences d'intérêts.

*g* *Arrêt* (Les juges Martland et Beetz sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

*h* *i* *Le juge en chef* Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer: Dans le contexte de l'effet privatif des art. 9 et 11, le *certiorari* est loin de

long way from an appeal and was subject to established decisions precluding judicial interference with the Board's interpretations that were not plainly unreasonable. The section 48(2) restrictions as to what was arbitral did not extend to article 12.01 envisaging agreement on changes in pay rates or other benefits under and during the course of a concluded agreement. Article 49.01, dealing with classification (and essentially a pay item), and article 50, dealing with classification appeal procedure, too, were not excluded by s. 48(2): the employee sought a reclassification within a system established by the employer, with the impact relating to the accompanying pay. There was no reviewable error of law in associating the appeal procedure under proposed article 50 with a reclassification request. The Board did not unreasonably decide that article 49.05, dealing with the red-circling of an employee's rate of pay, was arbitrable. It was preferable to leave this well-understood matter as an arbitral item than to assume the authority to exclude it from the arbitration board's consideration.

*Per Martland and Beetz JJ., dissenting:* The reasons of Prowse J.A. and Clement J.A. in the Court of Appeal were correct, and the appeal should be dismissed with costs.

[*McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Bradburn v. Wentworth Arms Hotel*, [1979] 1 S.C.R. 846; *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd.* (1957), 8 D.L.R. (2d) 65, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1980), 115 D.L.R. (3d) 575, 23 A.R. 460, 13 Alta. L.R. (2d) 320, confirming the decision of H. J. MacDonald J., with respect to four items of proposed collective agreement excluded from interest arbitration, in an application to quash a decision of the Alberta Public Service Employee Relations Board. Appeal allowed, Martland and Beetz JJ. dissenting.

*James Robb*, for the appellant Union.  
*A. C. L. Sims*, for the appellant Board.  
*D. R. Laird*, for the respondent.

constituer un appel et est assujéti à des précédents qui empêchent les cours de modifier les interprétations données par la Commission qui ne sont pas manifestement déraisonnables. Les restrictions portées au par. 48(2) quant à ce qui est susceptible d'arbitrage ne visent pas l'article 12.01, qui envisage un consentement à des modifications du taux de rémunération ou d'autres avantages prévus à la convention pendant la durée de celle-ci. L'article 49.01, qui porte sur la classification (et essentiellement sur le salaire) et l'art. 50, qui porte sur la procédure d'appel en matière de la classification, ne sont pas non plus exclus par application du par. 48(2): l'employé est censé rechercher une reclassification selon une méthode établie par l'employeur, dont l'incidence est le salaire qui l'accompagne. Il n'y a pas d'erreur de droit donnant lieu à révision dans le fait d'associer la procédure d'appel énoncée dans le projet d'article 50 à une demande de reclassification. La Commission n'a pas eu manifestement tort de décider que l'article 49.05, qui porte sur le blocage du taux de salaire d'un employé, est susceptible d'arbitrage. Il est préférable de laisser ce sujet dans la catégorie des articles susceptibles d'arbitrage, puisqu'il a une valeur bien acceptée, plutôt que de le soustraire à l'examen de la Commission.

*Les juges Martland et Beetz, dissidents:* Les motifs des juges Prowse et Clement, de la Cour d'appel, sont bien fondés et il y a lieu de rejeter le pourvoi avec dépens.

[Jurisprudence: *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Bradburn c. Wentworth Arms Hotel*, [1979] 1 R.C.S. 846; *Syndicat canadien de la Fonction publique section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd.* (1957), 8 D.L.R. (2d) 65.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1980), 115 D.L.R. (3d) 575, 23 A.R. 460, 13 Alta. L.R. (2d) 320, qui confirme la décision du juge H.J. MacDonald sur quatre articles d'un projet de convention collective exclus de l'arbitrage d'intérêts, et rendue sur une demande d'annulation d'une décision de l'Alberta Public Service Employee Relations Board. Pourvoi accueilli, les juges Martland et Beetz sont dissidents.

*James Robb*, pour le syndicat appelant.  
*A. C. L. Sims*, pour la Commission appelante.  
*D. R. Laird*, pour l'intimé.

The judgment of Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer J.J. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

THE CHIEF JUSTICE—This appeal concerns the reviewability on *certiorari* of decisions of the Alberta Public Service Employee Relations Board made in the exercise of exclusive jurisdiction conferred upon it by *The Public Service Employee Relations Act, 1977* (Alta.), c. 40. Three sections of the Act relate to this question, namely, ss. 9, 11 and 89. Involved in the application of these provisions is s. 48 of the Act. I shall come to these sections shortly.

a LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi porte sur le caractère révisable par voie de *certiorari* de décisions de l'Alberta Public Service Employee Relations Board (ci-après appelée la Commission) rendues dans l'exercice de la compétence exclusive b que lui confère *The Public Service Employee Relations Act, 1977* (Alta.), chap. 40 (ci-après appelée la Loi). Trois articles de la Loi portent sur cette question, ce sont les art. 9, 11 et 89. L'article 48 de la Loi porte sur l'application de ces dispositions. Je reviendrai à ces articles un peu plus loin. c

The Act admittedly applies to the Board of Governors of Olds College, the respondent herein, and to its non-academic employees who are represented in collective bargaining thereunder by the appellant Union which had been certified as their bargaining agent. Strikes and lockouts are prohibited by ss. 93 and 94 of the Act, but collective bargaining is envisaged, with arbitration of "interest" disputes in substitution of strikes and lockouts. In short, the terms of a collective agreement may be established by an arbitral award if an employer and a certified union of employees are unable, even after mediation if authorized by the Board, to settle their differences as to the acceptable terms of a proposed collective agreement. Not all differences on proposed collective agreement terms are arbitrable. Section 48 of the Act excludes certain specified matters from arbitration. It reads as follows:

d La Loi s'applique manifestement au Conseil d'administration de Olds College, l'intimé aux présentes, et aux membres de son personnel non enseignant représentés, aux fins des négociations collectives sous le régime de cette loi, par le syndicat appellant accrédité en tant que leur agent de négociation. Les articles 93 et 94 de la Loi interdisent e les grèves et les lock-out, mais prévoient le recours à la négociation collective avec arbitrage des divergences d'intérêts au lieu des grèves et des lock-out. Bref, la sentence arbitrale peut fixer les conditions f d'une convention collective si un employeur et un syndicat accrédité sont incapables, même après médiation autorisée par la Commission, de régler leurs différends sur les conditions acceptables d'un projet de convention collective. Tous les différends relatifs à un projet de convention collective ne sont pas susceptibles d'être soumis à l'arbitrage. L'article 48 de la Loi exclut certains sujets précis de l'arbitrage. Il se lit comme suit: g

48. (1) An arbitration board may only consider, and an arbitral award may only deal with, those matters that may be included in a collective agreement.

h [TRADUCTION] 48. (1) Un conseil d'arbitrage ne peut étudier et la sentence arbitrale ne peut viser que les sujets qui peuvent faire l'objet d'une convention collective.

(2) Notwithstanding subsection (1), none of the following matters may be referred to an arbitration board and provisions in respect of the following matters shall not be contained in the arbitral award of an arbitration board:

i (2) Nonobstant le paragraphe (1), aucun des sujets suivants ne peut être déféré à un conseil d'arbitrage et aucune disposition relative aux sujets suivants ne peut être visée par la sentence d'un conseil d'arbitrage:

(a) the organization of work, the assignment of duties and the determination of the number of employees of an employer;

j a) l'organisation du travail, l'assignation des tâches et la fixation du nombre d'employés d'un employeur;



- (b) the systems of job evaluation and the allocation of individual jobs and positions within the systems;
- (c) selection, appointment, promotion, training or transfer;
- (d) pensions.

The Public Service Employee Relations Board, established under the Act, is empowered to administer it in accordance with its terms. Section 9(1) gives the Board extensive powers "to decide for the purposes of this Act" whether, *inter alia*

9. (1) ...

- (a) a corporation, commission, board, council or other body is an employer;
- (b) a person is an employee;
- (c) an organization of employees is a trade union;
- (d) a trade union is a proper bargaining agent;
- (e) the parties to a dispute have settled the terms and conditions to be included in a collective agreement;

- (m) a matter in dispute is an arbitral item;

and the Board's decision is final and binding.

This provision is fortified by s. 11 of the Act which is in these terms:

11. The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Act and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but the Board may, at any time, reconsider any order, notice, directive, declaration, certificate or other decision made by it and vary or revoke it.

Attention of the Court was drawn particularly to the vesting of final and conclusive authority in the Board to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it. This authority embraces, of course, the powers vested in the Board under s. 9(1).

Whatever privative effect ss. 9 and 11 have standing alone, it is qualified by s. 89(2) of the

- b) les méthodes d'évaluation des emplois et la répartition des emplois et postes particuliers suivant ces méthodes;
- c) la sélection, la nomination, la promotion, la formation ou la mutation du personnel;
- d) les régimes de pensions.

La Commission est créée par la Loi et a le pouvoir de l'appliquer aux conditions qui y sont prescrites. Le paragraphe 9(1) accorde à la Commission des pouvoirs étendus [TRADUCTION] «de décider aux fins de la présente loi» si, notamment,

9. (1) ...

- a) une corporation, une commission, un office, un conseil ou un autre organisme est un employeur;
- b) une personne est un employé;
- c) une organisation d'employés est un syndicat;
- d) un syndicat est un agent de négociation compétent;
- e) les parties à un différend ont établi les modalités à inclure dans une convention collective;

- m) l'objet d'un différend est susceptible d'arbitrage;

et la décision de la Commission est définitive et péremptoire.

Cette disposition est renforcée par l'art. 11 de la Loi qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 11. La Commission a compétence exclusive pour exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par la présente loi ou en application de celle-ci, et pour statuer sur toute question de fait ou de droit qui surgit dans toute affaire qui lui est soumise. L'action ou la décision de la Commission est alors définitive et péremptoire à toutes fins, mais la Commission peut à tout moment réexaminer tout avis, ordonnance, directive, déclaration, certificat ou autre décision émanant d'elle et les modifier ou les révoquer.

On a attiré particulièrement l'attention de la Cour sur l'attribution de compétence définitive et déterminante à la Commission pour statuer sur toute question de fait ou de droit qui surgit dans toute affaire qui lui est soumise. Cette compétence englobe, cela va de soi, les pouvoirs attribués à la Commission en vertu du par. 9(1).

Quel que soit l'effet privatif que les art. 9 et 11 peuvent avoir en soi, il est modifié par le par. 89(2)

Act, although added privative provision against review is made by s. 89(1). Section 89, *in toto*, is as follows:

89. (1) No award, proceeding or decision of a tribunal shall be questioned or reviewed in any court, and no order shall be made or process entered or proceedings taken in any court, (whether by way of injunction, declaratory judgment, prohibition, quo warranto or otherwise) to question, review, prohibit or restrain the tribunal in any of his or its proceedings.

(2) Notwithstanding subsection (1), the award, proceeding or decision of a tribunal may be questioned, or reviewed by way of an application for certiorari or mandamus, if an application therefor is filed with the Court not later than 30 days after the date of the award, proceedings or decision of the tribunal.

It will be noted that s. 89(1) does not embrace *certiorari* or *mandamus*, and they remain as procedural resorts to challenge decisions of the Board (which is a "tribunal" as defined in s. 76) or to require the Board to perform statutory duties. In the face of this explicit provision for review, it is impossible to read it out of this statute or to subordinate it to ss. 9 and 11 or even to limit it to questions of jurisdiction in the strict sense, as urged by counsel for the Union and counsel for the Board. That being said, however, it still remains to consider the scope of review on alleged errors of law, and it is my opinion that the commanding terms of s. 9(1) and especially of s. 11 cast a gloss on the extent to which decisions of the Board may be overturned by a Court. *Certiorari*, considered in the light of ss. 9(1) and 11, is a long way from an appeal and is subject to restriction in accordance with a line of decisions of this Court which, to assess them generally, preclude judicial interference with interpretations made by the Board which are not plainly unreasonable. Jurisdictional errors, including want of natural justice, are clearly reviewable and subject to reversal as was conceded by the appellants, but they are not involved here.

I come now to the issues which are before this Court and which were before the Alberta Court of Appeal. The Union and the College were engaged

de la Loi, même si le par. 89(1) ajoute une disposition privative quant à la révision. L'article 89 au complet se lit comme suit:

[TRADUCTION] 89. (1) Nulle sentence, procédure ou décision d'un tribunal ne sera contestée ou révisée par les cours, et nulle ordonnance ne sera rendue ou procédure engagée dans quelque cour (que ce soit par voie d'injonction, de jugement déclaratoire, de prohibition, de *quo warranto* ou autrement) en vue de contester, réviser, interdire ou entraver quelque procédure dudit tribunal.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), la sentence, la procédure ou la décision d'un tribunal peut être contestée ou révisée par voie de requête en *certiorari* ou en *mandamus* si une demande à cette fin est déposée auprès de la cour au plus tard dans les trente jours de la sentence, de la procédure ou de la décision du tribunal.

Il y a lieu d'observer que le par. 89(1) ne vise pas le *certiorari* ou le *mandamus* et que ceux-ci demeurent comme recours pour contester les décisions de la Commission (qui est un «tribunal» au sens de l'art. 76) ou pour exiger que la Commission remplisse les obligations que la Loi lui impose. En présence de cette disposition explicite quant à la révision, il est impossible de l'ignorer, de l'assujettir aux art. 9 et 11 ou même de la restreindre aux questions de compétence au sens strict, comme l'ont fait valoir les procureurs du syndicat et de la Commission. Ceci dit, il reste encore toutefois à examiner la portée de la révision par suite d'allégations d'erreurs de droit et, à mon avis, les termes impérieux du par. 9(1) et surtout ceux de l'art. 11 servent à déterminer la mesure dans laquelle une cour peut annuler les décisions de la Commission. Le *certiorari*, dans le contexte du par. 9(1) et de l'art. 11, est loin de constituer un appel et est assujetti à des restrictions conformément à une série d'arrêts de cette Cour qui, de façon générale, empêchent les cours de modifier les interprétations données par la Commission qui ne sont pas manifestement déraisonnables. Les erreurs de compétence, notamment le manquement à la justice naturelle, sont nettement révisables et sujettes à révocation, comme l'admettent les appelants, mais il n'en est pas question en l'espèce.

J'aborderai maintenant les questions qui sont soumises à cette Cour et dont avait été saisie la Cour d'appel de l'Alberta. Le syndicat et le collège

in bargaining for a first collective agreement. There were large areas of disagreement between them. There is no doubt that they were in a dispute about many items intended by one or the other to be incorporated in a collective agreement. It was open to each of them to submit a list of arbitral items claimed to be in dispute and which either one or both wished to have submitted to an arbitration board. This is provided under s. 49 of the Act. Section 49(3) and (4) is as follows:

49. ...

(3) Upon receipt of a request by either party under subsection (1), the Board shall as soon as possible send a copy of the request and the list of arbitral items claimed to be in dispute, to the other party.

(4) The party receiving the copy of the request for the appointment of an arbitration board shall within 10 days of receipt of the copy and if the party has additional arbitral items to add, send those items to the Board and send a copy of them to the other party to the dispute.

The Public Service Employee Relations Board established an arbitration board as requested, and in a subsequent hearing proceeded to determine, in accordance with its authority under s. 9(1)(m) of the Act, what items put forward as arbitral items were in that category and what items were excluded by virtue of s. 48 of the Act. Sixty items were held to be in the arbitral class and seven items (including subclauses of some proposed items) were held to be excluded as falling under s. 48(2) of the Act. An application by the respondent to quash parts of the decision of the Board came before H.J. MacDonald J. The Union withdrew one item and the learned Judge proceeded to consider the others and concluded that item 12 (embracing sub-articles 12.01, 12.02, 12.03 and 12.06 of proposed article 12), item 52 (embracing sub-articles 49.01, 49.04 and 49.05 of proposed article 49), item 53 (embracing sub-articles 50.01, 50.02, 50.03, 50.04 and 50.05 of proposed article 50) and item 46 (embracing sub-article 42.10 of proposed article 42) should be quashed.

avaient entamé des négociations en vue d'une première convention collective. Il y avait de grandes divergences de vues entre eux. Il n'y a pas de doute qu'ils étaient en désaccord au sujet de nombreux articles que l'un ou l'autre voulait inclure dans la convention collective. Il était loisible à chacun d'eux de présenter une liste des articles susceptibles d'arbitrage sur lesquels il y avait désaccord et que l'un ou l'autre, ou les deux à la fois, voulaient soumettre à un conseil d'arbitrage. Cette procédure est prévue à l'art. 49 de la Loi. Voici le texte des par. 49(3) et (4):

[TRADUCTION] 49. ...

(3) Sur réception d'une demande adressée par une partie en vertu du paragraphe (1), la Commission transmet dès que possible à l'autre partie une copie de cette demande et la liste des articles susceptibles d'arbitrage qui font l'objet d'un différend.

(4) La partie qui reçoit copie de la demande de nomination d'un conseil d'arbitrage doit, dans les dix jours de réception de la copie, si elle souhaite ajouter d'autres articles susceptibles d'arbitrage, faire parvenir ces articles à la Commission et une copie de ceux-ci à l'autre partie au différend.

Conformément à la demande, la Commission a constitué un conseil d'arbitrage et, lors d'une audience subséquente, elle a entrepris de déterminer, conformément au pouvoir que lui confère le sous-al. 9(1)(m) de la Loi, lesquels des articles soumis comme étant susceptibles d'arbitrage appartenaient vraiment à cette catégorie et lesquels devaient être exclus en vertu de l'art. 48 de la Loi. Soixante articles ont été jugés susceptibles d'arbitrage et sept (notamment les clauses de certains articles proposés), ont été exclus pour le motif qu'ils relèvent du par. 48(2) de la Loi. Le juge H.J. MacDonald a été saisi d'une requête de l'intimé visant l'annulation de certaines parties de la décision de la Commission. Le syndicat a retiré un article et le savant juge a étudié les autres et il a conclu que l'article 12 (qui comprend les clauses 12.01, 12.02, 12.03 et 12.06 du projet d'article 12), l'article 52 (qui comprend les clauses 49.01, 49.04 et 49.05 du projet d'article 49), l'article 53 (qui comprend les clauses 50.01, 50.02, 50.03, 50.04 et 50.05 du projet d'article 50) et l'article 46 (qui comprend la clause 42.10 du projet d'article 42) devaient être écartés.

On appeal to the Alberta Court of Appeal, that Court, in majority reasons of Prowse J.A., concurred in by Clement J.A., reversed the trial Judge in part, but held, as he did, that articles 12.01, 49.01, 49.05 and all of article 50, were non-arbitrable. Moir J.A. dissented in part and would have held proposed article 12.01 to be an arbitrable item.

What is before this Court, therefore, are the four provisions which the Court of Appeal majority held to be excluded from interest arbitration as falling within s. 48 of the Act. I note that Prowse J.A. stated that the parties had gone to arbitration on the items not contested before H.J. MacDonald J.

I pass now to a consideration of the articles proposed by the appellant for inclusion in a collective agreement with the respondent. It should be pointed out that merely because certain disputed provisions put forward by either party are found to be arbitrable does not, *per se*, mean that they automatically become collective agreement items. If the issues in dispute go to arbitration, at the direction of the Public Service Employee Relations Board under s. 50 of the Act, it is for the arbitral tribunal, under s. 55, to pass on the appropriateness of including arbitral items in a collective agreement. It is hardly necessary to point out the difference between "interests" arbitration and "rights" arbitration; the latter concerns adjudication of disputes arising under a concluded (or imposed) collective agreement and provision for such adjudication is made under ss. 61 to 68.

The proposed article 12.01 reads as follows:

- 12.01 The Employer during the life of this Agreement may with the agreement of the Union Executive:
- (a) alter rates of Employee compensation, or,
  - (b) alter any Employee entitlement or Employee rights which are contained within this Agreement, and upon such agreement these

La Cour d'appel de l'Alberta a, dans les motifs du juge Prowse rendus au nom de la majorité et auxquels a souscrit le juge Clement, infirmé en partie la décision du juge de première instance, mais a conclu comme lui, que les clauses 12.01, 49.01, 49.05 et l'article 50 au complet n'étaient pas susceptibles d'arbitrage. Le juge Moir, dissident en partie, aurait conclu que le projet de clause 12.01 est un article susceptible d'arbitrage.

Donc ce qui est soumis à cette Cour ce sont les quatre dispositions que la Cour d'appel a, à la majorité, exclues de l'arbitrage d'intérêts pour le motif qu'elles relèvent de l'art. 48 de la Loi. Je souligne que le juge Prowse a mentionné que les parties avaient soumis à l'arbitrage les articles non contestés devant le juge H.J. MacDonald.

J'aborderai maintenant l'étude des articles que l'appelante a proposé d'inclure dans une convention collective avec l'intimé. Il y a lieu de signaler que même si l'on juge que certaines dispositions contestées que l'une ou l'autre des parties a soumises sont susceptibles d'arbitrage, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elles deviennent automatiquement des articles de la convention collective. Si les questions en litige sont soumises à l'arbitrage, sur l'ordre de la Commission en vertu de l'art. 50 de la Loi, il appartient au conseil d'arbitrage, en vertu de l'art. 55, de déterminer s'il y a lieu d'inclure des articles susceptibles d'arbitrage dans une convention collective. Il est à peine nécessaire de souligner la différence entre l'arbitrage «d'intérêts» et l'arbitrage «de droits»; ce dernier porte sur le règlement de différends issus d'une convention collective conclue (ou imposée) et les dispositions applicables à un tel règlement se trouvent aux art. 61 à 68.

Le projet de clause 12.01 se lit comme suit:

[TRADUCTION]

- 12.01 Pendant la durée de la présente convention, l'employeur peut avec le consentement du bureau de direction du syndicat:
- a) modifier les taux de rémunération des employés, ou,
  - b) modifier quelque droit ou avantage conféré aux employés par la présente convention et, par suite de ce consentement, les taux, avan-

changes shall become the rates, entitlements, or Employee rights.

tages et droits ainsi modifiés deviennent applicables aux employés.

Prowse J.A. was of the opinion, very shortly expressed, that this provision was in the teeth of s. 49(1) of the Act which speaks of "a dispute" which cannot be resolved and which may then be referred to the Board with a request for arbitration. I am unable to appreciate how s. 49(1) comes into the picture. It goes to the initiation of proceedings before the Board as to whether an item is arbitrable and whether it should be referred to an arbitration board. Nothing in the proposed article 12.01 engages s. 49(1); the article envisages agreement on changes in rates of pay or other employee entitlements under a concluded agreement during the life of the agreement and, if no agreement is reached, then, taking article 12.01 alone, the employer's position governs. There is no suggestion that the proposed article 12.01 offends any of the provisions of s. 48(2) of the Act. If not, I see no reason for excluding article 12.01 as an appropriate arbitral item. I agree, accordingly, with Moir J.A. on this point.

Le juge Prowse a exprimé son avis, de façon très concise, selon lequel cette disposition va à l'encontre du par. 49(1) de la Loi qui parle de [TRADUCTION] «différend» qui ne peut être réglé et qui peut être alors soumis à la Commission avec une demande d'arbitrage. Je n'arrive pas à voir comment le par. 49(1) entre en jeu. Il porte sur l'engagement de procédures devant la Commission pour déterminer si un article est susceptible d'arbitrage et s'il y a lieu de le soumettre à un conseil d'arbitrage. Il n'y a rien dans le projet de clause 12.01 qui met en jeu le par. 49(1); la clause envisage un consentement à des modifications du taux de rémunération ou d'autres avantages applicables aux employés aux termes d'une convention, pendant la durée de cette convention et, à défaut d'entente, alors, selon la clause 12.01, la position de l'employeur s'applique. On n'a pas prétendu que le projet de clause 12.01 contrevient à l'une ou l'autre des dispositions du par. 48(2) de la Loi. Si ce n'est pas le cas, je ne vois aucun motif d'exclure la clause 12.01 des articles susceptibles d'arbitrage. En conséquence, je suis d'accord avec le juge Moir sur ce point.

In approaching articles 49.01 and 50, and, indeed, article 49.05, I must say that it would have been helpful if there were reasons given by the Board on its decisions on arbitrability. However, it was overwhelmed by sixty disputed items, but it had the advantage of submissions by counsel and it would be wrong to think that it did not give due consideration to each of the items in dispute, finding as it did that in seven cases the disputed items were not arbitral ones. At the same time, it is obvious that Prowse J.A. treated the case before him as more akin to an appeal than to one involving a limited right of review. In so doing, he appears to have misapprehended what was involved in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517 and in *Bradburn v. Wentworth Arms Hotel*, [1979] 1 S.C.R. 846. Both these cases, although concerned with grievances under collective agreements, required the arbitration boards (dealing with "rights" arbitrations) to consider applicable public statutes. The interpretation of those statutes

En abordant la clause 49.01, l'article 50 et surtout la clause 49.05, je dois dire qu'il aurait été utile que la Commission donne les motifs de ses décisions sur le caractère arbitral. Elle était toutefois débordée de travail avec soixante articles contestés, mais elle a bénéficié des mémoires des avocats et il serait erroné de croire qu'elle n'a pas bien étudié chaque article contesté puisqu'elle a conclu que dans sept cas, les articles contestés n'étaient pas susceptibles d'arbitrage. En même temps, il est évident que le juge Prowse a considéré le cas qui lui était soumis comme s'apparentant davantage à un appel qu'à un cas comportant un droit limité de révision. En agissant ainsi, il semble avoir mal saisi la situation en présence dans les arrêts *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517 et *Bradburn c. Wentworth Arms Hotel*, [1979] 1 R.C.S. 846. Même si elles portaient sur des griefs en vertu de conventions collectives, ces deux affaires exigeaient des conseils d'arbitrage (qui procédaient à l'arbitrage de «droits») qu'ils examinent

did not require so-called curial deference to the views of the arbitration boards.

That, however, is not this case. Here the Public Service Employee Relations Board is operating in its home territory, so to speak. It was concerned with the interpretation and application of provisions confided by its constituent Act to its exclusive administration, with its decision stated to have final and conclusive effect. In such circumstances, the proper approach by a reviewing court is not the blunt substitution of judicial opinion for the views of the Board but rather that expressed by Dickson J. in *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237, where he formulated the issue of scope of review as follows:

... was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

I should note that Dickson J. was also dealing with a public service labour relations Act and with the administration of the Act by a board.

Justice Dickson's approach was adopted in *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178, in the reasons of Pigeon J. at p. 214, and it is also evident in the reasons of Estey J. speaking for the Court in *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245, at pp. 274 ff.

Needless to say, however the scope of review is limited according to the reach of near-privative clauses, there is no complete ouster of review, even on errors of law unless a privative clause clearly enjoins interference on this ground: see *Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd.* (1957), 8 D.L.R. (2d) 65.

With these considerations in mind, I turn to the remaining articles which are in issue here.

les lois publiques applicables. L'interprétation de ces lois ne requerrait pas ce qu'on pourrait appeler la déférence judiciaire pour le point de vue des conseils d'arbitrage.

<sup>a</sup> Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Ici, la Commission agit, pour ainsi dire, dans les limites de sa compétence. Elle était saisie de l'interprétation et de l'application de dispositions que sa loi <sup>b</sup> constitutive lui confie de façon exclusive, en précisant que ses décisions sont définitives et péremptoires. Dans de telles circonstances, l'attitude appropriée que doit adopter une cour de révision ne consiste pas à substituer carrément son avis judiciaire à celui de la Commission, mais est plutôt <sup>c</sup> celle que définit le juge Dickson dans l'arrêt *Le Syndicat canadien de la Fonction publique section locale 963 c. La Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 237, <sup>d</sup> quand il énonce la question de la portée de la révision en ces termes:

... l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

<sup>f</sup> Je dois souligner que le juge Dickson était également saisi d'une loi sur les relations de travail dans la fonction publique et de l'application de cette loi par une commission.

<sup>g</sup> Le point de vue du juge Dickson a été adopté dans l'arrêt *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, dans les motifs du juge Pigeon à la p. 214, et il ressort également des motifs du juge Estey qui s'exprime au nom de la Cour dans l'arrêt *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, aux pp. 274 et suivantes. <sup>h</sup>

<sup>i</sup> Il va de soi que, de quelque manière que la portée de la révision soit limitée en fonction de l'étendue de clauses quasi privatives, il n'y a pas élimination complète de la révision, même pour erreur de droit, à moins qu'une clause privative ne prescrive clairement une intervention pour ce motif: voir l'arrêt *Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd.* (1957), 8 D.L.R. (2d) 65.

<sup>j</sup> En tenant compte de ces considérations, j'aborderai maintenant les autres articles dont il est question en l'espèce.

Proposed article 49.01 may be considered in association with proposed article 50. Article 49.01 is under the general heading of "Classification" and article 50 is headed "Classification Appeal Procedure". These provisions are in these terms:

49.01 When an Employee considers that the duties and/or responsibilities of his position have been materially changed since the last review, and the Department Head has not requested a review, the Employee may make a request in writing to the President for reclassification. An Employee not satisfied with the President's decision in regard to classification may appeal the decision in accordance with the Classification Appeal procedures outlined in Article 50.

50.01 An Employee wishing to appeal the President's decision pursuant to Article 49.01 shall submit a request in writing to the Board within twenty-one (21) days.

50.02 The Board shall select two (2) members to act on the Appeal Board and request the Union to appoint a Branch member or Union Staff Officer to the Appeal Board. The senior management representative shall be Chairman of the Board.

50.03 The Appeal Board may call upon records and interview such persons concerned as it sees fit and render a decision, within fourteen (14) days of the appointment of the last member to the Appeal Board. The decision of the Appeal Board shall be final and binding. The Employee may initiate another request for reclassification after six (6) months has elapsed from the decision of the Appeal Board.

50.04 The persons concerned shall be advised within seven (7) days of the decision of the Appeal Board.

50.05 Notwithstanding any of the foregoing, the Appeal Board may not create, delete, or alter classes or class specifications.

Prowse J.A. dealt with these articles in his reasons, as follows:

Article 49.01 and the whole of article 50 set out an appeal procedure which if given effect would directly impinge upon matters excluded under Section 48(2) in

Le projet de clause 49.01 peut être examiné en parallèle avec le projet d'article 50. La clause 49.01 se trouve sous la rubrique [TRADUCTION] «Classification» et l'article 50 s'intitule a [TRADUCTION] «Procédure d'appel en matière de classification». Ces dispositions se lisent comme suit:

[TRADUCTION]

49.01 Lorsqu'il estime que les fonctions ou responsabilités de son poste ont changé sensiblement depuis la dernière révision et que le chef de département n'a pas demandé de révision, l'employé peut présenter au président une demande écrite de reclassement. L'employé qui n'est pas satisfait de la décision du président à propos de la classification peut interjeter appel de sa décision conformément à la procédure d'appel en matière de classification énoncée à l'article 50.

d 50.01 L'employé qui veut interjeter appel de la décision du président en application de la clause 49.01 doit adresser une demande écrite au Conseil dans les vingt et un (21) jours qui suivent la décision.

e 50.02 Le Conseil choisit deux (2) membres du comité d'appel et demande au syndicat de nommer un membre de la filiale ou un permanent comme membre du comité d'appel. Le représentant des cadres supérieurs agit comme président du comité.

f 50.03 Le comité d'appel peut consulter les dossiers et interroger les personnes intéressées selon qu'il le juge à propos et il rend une décision dans les quatorze (14) jours qui suivent la nomination du dernier membre du comité d'appel. La décision du comité d'appel est définitive et péremptoire. L'employé peut présenter une autre demande de reclassement six (6) mois après la décision du comité d'appel.

g 50.04 Les personnes intéressées sont avisées dans les sept (7) jours de la décision du comité d'appel.

h 50.05 Nonobstant ce qui précède, le comité d'appel ne peut ni créer, ni supprimer, ni modifier des classes d'emploi ou des définitions de classes d'emploi.

Dans ses motifs de jugement, le juge Prowse dit ceci à propos de ces clauses:

i [TRADUCTION] La clause 49.01 et l'article 50 au complet énoncent une procédure d'appel dont la mise en vigueur empiéterait directement sur les sujets exclus par

that it subjects the employer's decision with respect to job evaluation, appointment, selection, promotion or transfer as the case may be, to arbitration. In my view this matter is not arbitrable.

In my opinion, the Alberta Court of Appeal was wrong to interfere with the conclusion of the Board that proposed article 49.01 was an arbitral item. If proposed article 49.04 and proposed article 42.10 are arbitral items, as the Alberta Court of Appeal held (dealing as they do, respectively, with salary entitlement when an employee's position is reclassified to a higher salary assignment and with salary entitlement upon a promotion to a higher classification), I am unable to find a reviewable ground for challenging the Board's conclusion that proposed article 49.01, which is also essentially a pay or salary item, is arbitral. I see nothing in s. 48(2) of the Act to exclude pay issues from the permitted list of arbitral items, it being conceded that the establishment of a job classification system and the slotting of employees within the job classifications are reserved to the employer so long as these are not used to affect adversely the rates of pay or salary theretofore being paid to the employees. What the employee purports to seek under article 49.01 is a reclassification within a system established by the employer, the impact relating to the accompanying pay. This being so, I see no reviewable error of law in associating the appeal procedure under proposed article 50 with a reclassification request under s. 49.01.

Section 48(1) is not a very precise provision but, in so far as it generalizes as to "matters that may be included in a collective agreement", I can think of nothing that is more integral to a collective agreement than its wage and salary clauses. There is also this to be said in considering whether the Board transgressed s. 48(2). The Board is entitled, in view of its powers under s. 9(1)(m) as fortified by s. 11, to have the most beneficial construction place upon its decisions by the Court, a construc-

le par. 48(2) étant donné qu'elle assujettit à l'arbitrage les décisions de l'employeur relatives à l'évaluation des postes, à la nomination, à la sélection, à la promotion ou à la mutation du personnel selon le cas. A mon avis, cette question n'est pas susceptible d'arbitrage.

A mon avis, la Cour d'appel de l'Alberta a eu tort de modifier la conclusion de la Commission selon laquelle le projet de clause 49.01 est susceptible d'arbitrage. Si les projets de clauses 49.04 et 42.10 sont susceptibles d'arbitrage, comme la Cour d'appel de l'Alberta l'a conclu (vu qu'elles portent respectivement sur les avantages salariaux lors de la reclassification du poste d'un employé à un niveau de salaire supérieur et sur les avantages salariaux lors d'une promotion à une classification plus élevée), je ne puis trouver de motif de révision qui permette de contester la décision de la Commission selon laquelle le projet de clause 49.01, qui porte aussi essentiellement sur le salaire ou la rémunération, est susceptible d'arbitrage. Je ne vois rien dans le par. 48(2) de la Loi qui exclut les questions de rémunération de la liste autorisée des articles susceptibles d'arbitrage, puisqu'il est admis que l'établissement d'une méthode de classification des postes et la répartition des employés dans les classes de postes sont réservés à l'employeur dans la mesure où ils ne servent pas à réduire les taux de salaire ou de rémunération payés jusqu'alors aux employés. Ce qu'un employé est censé rechercher en vertu de la clause 49.01 c'est une reclassification selon une méthode établie par l'employeur, dont l'incidence est le salaire qui l'accompagne. Dans ces conditions, je ne vois aucune erreur de droit donnant lieu à révision dans le fait d'associer la procédure d'appel énoncée dans le projet d'article 50 à une demande de reclassification en vertu de la clause 49.01.

Le paragraphe 48(1) n'est pas une disposition très précise, mais dans la mesure où il s'étend aux «sujets qui peuvent faire l'objet d'une convention collective», je ne vois rien qui fasse davantage partie intégrante d'une convention collective que les clauses qui ont trait au traitement et au salaire. Il y a aussi lieu de souligner ce qui suit au moment de déterminer si la Commission a violé le par. 48(2). La Commission a droit, compte tenu des pouvoirs qu'elle possède en vertu du sous-al.



tion that would reasonably accommodate the Board's administration of the Act.

It remains to consider proposed article 49.05. It reads as follows:

49.05 An Employee whose position is reclassified to a lower salary assignment, through no fault of his own, shall not suffer a loss in pay, and the Employer shall assist the Employee to relocate to a position assigned to his former classification.

Prowse J.A. dealt with this as follows in his reasons:

Article 49.05 sets out the Union's proposal for dealing with the consequence that would result when an employee, through no fault of his own, is reclassified to a lower level. As set out above if the manner in which the consequences are dealt with does not fetter management's ability to deal with any of the matters referred to in Sec. 48(2) the matter is *arbitral*. Here the Union proposes that reclassification should not result in a reduction in pay even though services of the nature provided by the employee were no longer required by the employer. In addition the employer would be bound to assist the employee "to relocate to a position assigned to his former classification." In my view both aspects of the consequences of reclassification which the Union wish the arbitrators to consider impinge upon and fetter the rights accorded the employer under Sec. 48(2). To be required to pay an employee at a scale that was not related to the scale fixed for the work he was performing could well fetter management's ability to make the changes circumstances dictated. To give an undertaking to assist employees to relocate might well impinge upon its freedom to promote or transfer employees as it saw fit. In these circumstances I am of the view that article 49.05 does not disclose an *arbitral* matter.

This article gives me much concern in respect of the Board's decision that it is an *arbitral* item. It is on its face a salary protection provision where the employer reclassifies a position for reasons having nothing to do with employee competence. Moreover, I do not regard it as directed to any particular employee's position, unless he is the only one in it, but rather as involving a reclassification to a

9(1)m) renforcé par l'art. 11, à ce que la Cour interprète ses décisions de la manière la plus favorable possible, c'est-à-dire de façon à faciliter raisonnablement l'administration de la Loi par la Commission.

Il reste à examiner le projet de clause 49.05 qui se lit comme suit:

[TRADUCTION]

49.05 Un employé dont le poste est reclassifié à un niveau de salaire inférieur, sans qu'il y ait eu faute de sa part, ne doit subir aucune diminution de salaire et l'employeur doit aider l'employé à obtenir un nouveau poste relevant de sa classe antérieure.

Le juge Prowse dit ceci au sujet de cette clause dans ses motifs:

[TRADUCTION] La clause 49.05 énonce la proposition avancée par le syndicat sur les conséquences de la reclassification d'un employé à un niveau inférieur sans faute de sa part. Tel que mentionné plus haut, si la manière de traiter ces conséquences ne porte pas atteinte à la capacité de la direction de traiter les sujets mentionnés au par. 48(2), la question est susceptible d'*arbitrage*. Ici, le syndicat propose qu'une reclassification n'entraîne pas de diminution de salaire même si l'employeur n'a plus besoin du type de services rendus par l'employé. De plus, l'employeur serait tenu d'aider l'employé à «obtenir un nouveau poste relevant de sa classe antérieure.» A mon avis, les deux aspects des conséquences d'une reclassification que le syndicat veut porter à l'attention des arbitres empiètent sur les droits conférés à l'employeur par le par. 48(2) et portent atteinte à ces droits. Exiger qu'un employé soit payé à un taux qui est sans rapport avec le taux fixé pour le travail qu'il accomplit peut bien porter atteinte à la capacité de la direction d'apporter les changements que les circonstances exigent. Promettre d'aider un employé à obtenir un autre poste pourrait bien empiéter sur sa liberté de procéder aux promotions ou mutations d'employés qu'elle juge utiles. Dans ces circonstances, je suis d'avis que la clause 49.05 ne porte pas sur un sujet susceptible d'*arbitrage*.

Cette clause me préoccupe beaucoup quant à la décision de la Commission selon laquelle il s'agit d'un article susceptible d'*arbitrage*. A première vue, c'est une disposition de protection du salaire dans le cas où un employeur reclassifie un poste pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la compétence de l'employé. De plus, je ne considère pas qu'elle vise le poste d'un employé particulier, à

lower level for reasons affecting the nature of the operations included in the classification, as for example, by reason of improved technology which simplifies the operations. It is, of course, arguable that if an employer is to be obliged to maintain the same rate (to "red circle" the rate, to use a commonly understood expression) for a job classification with a reduced level of complexity, this is an interference with the employer's classification authority under s. 48(2), at least indirectly. The situation may be a doubtful one but I do not think I can regard the Board's decision as patently unreasonable. Maintenance of pay is a value in collective bargaining which is well understood and I think it preferable to leave the matter as an arbitral item to be considered by the board of arbitration rather than to assume the authority of excluding it from that board's consideration. Wage protection or wage maintenance provisions are not expressly within s. 48(2) of the Act, and it would be giving that provision a particular interpretation, harnessing it to wages or rates of pay, if proposed article 49.05 should be found to offend it. The concluding part of proposed article 49.05 is a supplementary provision which does not oblige the employer to create a position for an employee but to make a move back to a previous position likely if such a position becomes available and the employee can fill it.

I would, accordingly, allow the appeal and restore the decision of the Board. The appellant Union is entitled to costs throughout against the respondent College. There will be no order as to costs to or against the Public Service Employee Relations Board.

The reasons of Martland and Beetz JJ. were delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—I am in agreement with the reasons of Prowse J.A. and Clement J.A. in the Court of Appeal and, accordingly, would dismiss the appeal with costs.

moins qu'il ne soit le seul à occuper ce poste, mais plutôt qu'elle vise une reclassification à un niveau inférieur pour des motifs qui touchent la nature des tâches comprises dans la classe en question, comme par exemple, en raison de techniques améliorées qui simplifient les tâches. On peut certes soutenir que si un employeur doit être obligé de maintenir le même taux (de «bloquer» le taux, pour reprendre une expression familière) pour une classe de postes dont les fonctions sont moins complexes, il s'agit d'un empiètement, au moins indirect, sur le pouvoir de classification que possède l'employeur en vertu du par. 48(2). La situation est peut être douteuse, mais je ne crois pas pouvoir considérer la décision de la Commission comme manifestement déraisonnable. Le maintien de la rémunération est une valeur bien acceptée en matière de négociation collective et je crois préférable de maintenir le sujet comme matière devant être soumise à l'examen du conseil d'arbitrage plutôt que de prendre sur moi de le soustraire à son examen. Les dispositions relatives à la protection ou au maintien des salaires ne sont pas expressément visées par le par. 48(2) de la Loi et, si on concluait que le projet de clause 49.05 y contrevient, ce serait donner une interprétation particulière à ce paragraphe en le rattachant aux salaires et aux taux de rémunération. La dernière partie du projet de clause 49.05 est une disposition supplémentaire qui n'oblige pas l'employeur à créer un poste à l'intention d'un employé, mais à le réintégrer dans un poste semblable à son poste antérieur si un tel poste devient vacant et si l'employé peut l'occuper.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de la Commission. Le syndicat appelant a droit à ses dépens contre le collège intimé dans toutes les cours. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens en faveur ou au détriment du Public Service Employee Relations Board.

Version française des motifs des juges Martland et Beetz rendus par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Je suis d'accord avec les motifs des juges Prowse et Clement de la Cour d'appel et, par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Appeal allowed with costs, MARTLAND and BEETZ JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant The Alberta Union of Provincial Employees on behalf of Branch 63, Edmonton, Alberta: Hladun, Blakely, Edmonton.*

*Solicitors for the appellant The Public Service Employee Relations Board of Alberta: Sims, Philp & Kent, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Cook, Snowdon & Laird, Edmonton.*

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MARTLAND et BEETZ sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante The Alberta Union of Provincial Employees, au nom de la section 63, Edmonton (Alberta): Hladun, Blakely, Edmonton.*

*Procureurs de l'appelante The Public Service Employee Relations Board de l'Alberta: Sims, Philp & Kent, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé: Cook, Snowdon & Laird, Edmonton.*



**Book Tarif  
rate des livres**

**K1A 0S9  
OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 6, 1982 Vol. 1**

and

**Tables**

**6<sup>e</sup> cahier, 1982 Vol. 1**

et

**Tables**

Cited as [1982] 1 S.C.R. { i-xxxv  
923-1128

Renvoi [1982] 1 R.C.S. { i-xxxv  
923-1128

---

Published by  
BERNARD C. HOFLEY, Q.C.  
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief  
ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Revisor  
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing Centre, Supply and Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, together with the old address.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1982.

## CONTENTS

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| Title Page .....           | i     |
| List of Judges .....       | ii    |
| Errata .....               | iv    |
| Motions .....              | v     |
| Table of Judgments .....   | xv    |
| Table of Cases Cited ..... | xxiii |
| Index .....                | 1109  |

### **Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63 Edmonton et al. v. Board of Governors of Olds College .... 923**

Labour relations — Arbitration as to items to be incorporated into first collective agreement — The Public Service Employee Relations Board finding certain items non-arbitral by statute — Findings of Court reviewing Board's decision appealed — Whether or not items properly excluded from arbitration board's consideration by Court of Appeal — The Public Service Employee Relations Act, 1977 (Alta.), c. 40, ss. 9, 11, 48, 49, 89.

### **Carman Construction Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co. et al. .... 958**

Contracts — Collateral warranty — Information about project sought and received from C.P.R. employee inaccurate — Work more substantial than indicated — Written contract excluding appellant's reliance on such information — Whether or not damages recoverable for breach of collateral warranty.

Torts — Negligent misrepresentation — Information sought and received from C.P.R. employee inaccurate — Work more substantial than indicated — Written contract excluding reliance on such information — Whether or not damages recoverable.

*Continued on next page*

Publié par  
BERNARD C. HOFLEY, c.r.  
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêviste en chef  
ANNE ROLAND, B.A., LL.L.

Arrêvistés  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU

*Les abonnés au Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent adresser tout changement d'adresse au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, en indiquant l'ancienne adresse.*

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1982.

## SOMMAIRE

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| Page titre .....              | i     |
| Liste des Juges .....         | iii   |
| Errata .....                  | iv    |
| Requêtes .....                | v     |
| Table des Jugements .....     | xix   |
| Table des Causes citées ..... | xxiii |
| Index .....                   | 1119  |

### **Alberta Union of Provincial Employees, section 63 Edmonton et autre c. Conseil d'administration de Olds College ..... 923**

Relations de travail — Arbitrage d'articles à incorporer dans la première convention collective — Conclusion de The Public Service Employee Relations Board selon laquelle la Loi exclut certains articles de l'arbitrage — Appel à l'encontre de la décision de la Cour ayant révisé la décision de la Commission — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'exclure certains articles de la compétence du conseil d'arbitrage? — The Public Service Employee Relations Act, 1977 (Alta.), chap. 40, art. 9, 11, 48, 49, 89.

### **Carman Construction Ltd. c. Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique et autre ..... 958**

Contrats — Garantie accessoire — Inexactitude des renseignements concernant le projet fournis par un employé du C.P. sur demande — Travaux plus importants qu'indiqué — Le contrat écrit empêche l'appelante de se fier à ces renseignements — Est-ce que des dommages-intérêts peuvent être recouverts pour violation d'une garantie accessoire?

Responsabilité délictuelle — Déclaration inexacte faite par négligence — Inexactitude des renseignements fournis par un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

|  |      |
|--|------|
| <b>Commission des accidents du travail du Québec v. Valade</b> .....   | 1103 |
| Administrative law — Workmen's compensation commission review board — Points to be considered in estimating impairment of earning capacity — Board refused to consider certain points — Writ of evocation — Code of Civil Procedure, art. 846 — Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3, s. 38(4).   |      |
| <b>Gobeil v. Cie H. Fortier et al.</b> .....   | 988  |
| Bankruptcy — Immovable seized prior to bankruptcy — Judicial sale after bankruptcy but before copy of assignment filed — Purchaser in good faith — Procedure to suspend sale or terminate sheriff's proceedings not followed — Whether s. 51 of Bankruptcy Act applicable to judicial sales subsequent to bankruptcy — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 50, 51, 52, 53 — Code of Civil Procedure, art. 569, 673, 688.  |      |
| <b>Hawrish v. Peters et al.</b> .....  | 1083 |
| Limitation of actions — Action to recover from co-sureties — Date that right to call for contributions from co-sureties arose — The Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, c. 84, s. 3.   |      |
| <b>Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of the Township of Vespra et al.</b> .....  | 1107 |
| Appeal — Practice — Motion to vary minutes of judgment as settled — Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 46.   |      |
| <b>R. v. Carter (Appeal adjourned)</b> .....   | 937  |
| Practice — Appeal adjourned — No factum filed — Respondent did not appear and was not represented by counsel — Appointment of an <i>amicus curiae</i> .  |      |
| <b>R. v. Carter</b> .....  | 938  |
| Criminal law — Conspiracy — Proof required to indicate accused's membership in a conspiracy before hearsay exception becomes applicable — Charge to jury — Criminal Code, s. 423(1)(d).  |      |
| Criminal law — Evidence — Hearsay — Conspirators' exception — Proof required to indicate accused's membership in a conspiracy before hearsay exception becomes applicable.   |      |
| <b>Re: Exported Natural Gas Tax</b> .....  | 1004 |
| Constitutional law — Taxation — National Energy Policy — Provincially owned resource — Whether or not proposed federal tax on natural gas exported by Alberta within the legislative competence of Parliament — British North America Act, 1867, R.S.C. 1970, Appendix II, ss. 91(2),(3), 108, 109, 117, 125 — British North America Act, 1930, R.S.C. 1970, Appendix II, s. 1 — Alberta Act, 1905 (Can.), c. 3 (R.S.C. 1970, Appendix II), s. 20(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13 — Petroleum Administration Act, 1974-75-76 (Can.), c. 47 — National Energy Board Act, R.S.C. 1970, c. N-6 — National Energy Board Part VI Regulations, C.R.C. 1978, c. 1056. |      |

Continued on next page

## SOMMAIRE (Suite)

employé du C.P. sur demande — Travaux plus importants qu'indiqué — Le contrat écrit empêche l'entrepreneur de se fier à ce renseignement — Est-ce que des dommages-intérêts peuvent être recouvrés?

|  |      |
|--|------|
| <b>Commission des accidents du travail du Québec c. Valade</b> ..... | 1103 |
|--|------|

Droit administratif — Bureau de révision de la Commission des accidents du travail — Éléments à considérer dans l'évaluation de la diminution de capacité de travail — Refus du Bureau de considérer certains éléments — Bref d'évocation — Code de procédure civile, art. 846 — Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3, art. 38(4).

|   |     |
|---|-----|
| <b>Gobeil c. Cie H. Fortier et autres</b> ..... | 988 |
|---|-----|

Faillite — Saisie immobilière antérieure à la faillite — Vente en justice faite après la faillite mais avant la production d'une copie de la cession — Adjudicataire de bonne foi — Modalités pour suspendre la vente ou mettre fin aux procédures du shérif non suivies — L'article 51 de la Loi sur la faillite est-il applicable aux ventes en justice postérieures à la faillite? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 50, 51, 52, 53 — Code de procédure civile, art. 569, 673, 688.

|  |      |
|--|------|
| <b>Hawrish c. Peters et autres</b> ..... | 1083 |
|--|------|

Prescription — Action en recouvrement contre les cofidésusseurs — Date à laquelle le droit d'action en contribution contre les cofidésusseurs prend naissance — The Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, chap. 84, art. 3.

|  |     |
|--|-----|
| <b>Hôpital St-Luc c. Lafrance et autre</b> ..... | 974 |
|--|-----|

Droit administratif — Commission des affaires sociales — Compétence — Bref d'évocation — Hôpital restreignant les privilèges d'un médecin — Décision infirmée par la Commission — Non renouvellement étranger aux motifs prévus à la Loi — La Commission a-t-elle excédé sa compétence? — Interprétation raisonnable de l'art. 92b de la Loi — Sens de l'expression «eu égard aux exigences propres au centre hospitalier» — Code de procédure civile, art. 846 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1971 (Qué.), chap. 48, modifiée par 1974 (Qué.), chap. 42, art. 92, 92a, 92b, 92c.

Médecins et chirurgiens — Hôpital — Non renouvellement de privilèges — Non renouvellement étranger aux motifs prévus à la Loi — Code de procédure civile, art. 846 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1971 (Qué.), chap. 48, modifiée par 1974 (Qué.), chap. 42, art. 92, 92a, 92b, 92c.

|  |      |
|--|------|
| <b>Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra et autres</b> ..... | 1107 |
|--|------|

Appel — Pratique — Requête en modification de la minute du jugement déterminé — Règles de la Cour suprême du Canada, règle 46.

Suite à la page suivante

## CONTENTS (Concluded)

### **Schavernoch v. Foreign Claims Commission et al. .... 1092**

Statutes — Interpretation — Regulations entitling Canadian citizens to claim from Foreign Claims Commission — Definition of “Canadian citizen” — Whether Regulations may be interpreted by reference to extraneous materials — Foreign Claims (Czechoslovakia) Settlement Regulations, SOR/73-681, ss. 2, 4, 7 — Appropriation Act No. 9, 1966, 1966-67 (Can.), c. 55, vote 22a.

### **St. Luc Hospital v. Lafrance et al. .... 974**

Administrative law — Commission des affaires sociales — Jurisdiction — Writ of evocation — Hospital limiting privileges of physician — Decision reversed by the Commission — Non-renewal extraneous to grounds provided by Act — Whether Commission exceeded its jurisdiction — Reasonable interpretation of s. 92b of Act — Meaning of “having regard to the particular requirements of the hospital centre” — Code of Civil Procedure, art. 846 — Act respecting health services and social services, 1971 (Que.), c. 48, as amended by 1974 (Que.), c. 42, ss. 92, 92a, 92b, 92c.

Physicians and surgeons — Hospital — Non-renewal of privileges — Non-renewal extraneous to grounds provided by Act — Code of Civil Procedure, art. 846 — Act respecting health services and social services, 1971 (Que.), c. 48, as amended by 1974 (Que.), c. 42, ss. 92, 92a, 92b, 92c.

### **Sweitzer v. The Queen ..... 949**

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Whether or not evidence from those episodes without a direct connection to accused should be admitted.

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. Carter (Pourvoi ajourné) ..... 937**

Pratique — Pourvoi ajourné — Aucun mémoire n'a été déposé — L'intimé n'a pas comparu et ne s'est pas fait représenter par avocat — Nomination d'un *amicus curiae*.

### **R. c. Carter ..... 938**

Droit criminel — Complot — Nécessité d'une preuve indiquant la participation de l'accusé à un complot pour que l'exception à la règle du ouï-dire puisse s'appliquer — Exposé au jury — Code criminel, art. 423(1)d.

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Exception à l'égard des conspirateurs — Nécessité d'une preuve indiquant la participation de l'accusé à un complot pour que l'exception à la règle du ouï-dire puisse s'appliquer.

### **Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté ..... 1004**

Droit constitutionnel — Taxation — Politique énergétique nationale — Ressource appartenant à une province — Compétence du Parlement pour imposer la taxe fédérale proposée sur le gaz naturel exporté par l'Alberta — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 91(2), (3), 108, 109, 117, 125 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 1 — Acte de l'Alberta, 1905 (Can.), chap. 3 (S.R.C. 1970, Appendice II), art. 20(1) — Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13 — Loi sur l'administration du pétrole, 1974-75-76 (Can.), chap. 47 — Loi sur l'Office national de l'énergie, S.R.C. 1970, chap. N-6 — Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI), C.R.C. 1978, chap. 1056.

### **Schavernoch c. Commission des réclamations étrangères et autres ..... 1092**

Législation — Interprétation — Règlement habilitant les citoyens canadiens à faire des réclamations auprès de la Commission des réclamations étrangères — Définition des mots «citoyen canadien» — Impossibilité d'interpréter le règlement en se reportant à des documents extrinsèques — Règlement concernant la liquidation des réclamations étrangères (Tchécoslovaquie), DORS/73-681, art. 2, 4, 7 — Loi des subsides n° 9 de 1966, 1966-67 (Can.), chap. 55, crédit 22a.

### **Sweitzer c. La Reine ..... 949**

Preuve — Recevabilité — Preuve d'actes similaires — Recevabilité de la preuve quant aux incidents n'ayant pas de rapport direct avec l'accusé.





## 1982 Volume 1

### **Canada Supreme Court Reports**

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

*Editors*

ANNE ROLAND, B.A., LL.L.  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

*Arrêtistes*

ANNE ROLAND, B.A., LL.L.  
ARCHIBALD McDONALD, B.A., LL.B., M.A.  
CLAUDE MARQUIS, B.A., LL.L., D.D.N.

*Published pursuant to the Statute by*

BERNARD C. HOFLEY, Q.C.

*Registrar of the Court*

*Publié conformément à la Loi par*

BERNARD C. HOFLEY, c.r.

*Registraire de la Cour*

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

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

The Honourable RONALD MARTLAND

The Honourable ROLAND A. RITCHIE

The Honourable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable JULIEN CHOUINARD

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

---

**MEMORANDA**

On the 10th day of February, 1982, the Honourable RONALD MARTLAND, Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, upon attaining the age of seventy-five years, retired from the Bench, pursuant to s. 9(2) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19.

On the 30th day of March, 1982, the Honourable BERTHA WILSON, a member of the Court of Appeal for Ontario, 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 ROLAND A. RITCHIE

L'honorable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON

L'honorable JEAN BEETZ

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

L'honorable JULIEN CHOUINARD

L'honorable ANTONIO LAMER

L'honorable BERTHA WILSON

---

MEMORANDA

Le 10 février 1982, l'honorable RONALD MARTLAND, juge puîné de la Cour suprême du Canada, ayant atteint l'âge de soixante-quinze ans, a pris sa retraite, conformément au par. 9(2) de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19.

Le 30 mars 1982, l'honorable BERTHA WILSON, juge de la Cour d'appel de l'Ontario, a été nommée juge puîné de la Cour suprême du Canada.

## ERRATUM

[1982] 1 S.C.R. p. 710, 1. 16(*d-2*) of the English version. Read “*Administrative*” instead of “*Administration*”.

[1982] 1 R.C.S. p. 710, 1. 16(*d-2*) de la version anglaise. Lire «*Administrative*» au lieu de «*Administration*».

## MOTIONS—REQUÊTES

- A S G Industries Inc. v. Corporation Superseal et autre* (Qué.), 17077, leave to appeal granted, 31.5.82, autorisation d'appeler accordée.
- Adam Yewchuk Management Ltd. v. Bigham et al.* (Alta.), 16977, leave to appeal refused with costs, 27.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Adamson et al. v. Johnson et al.* (Ont.), 16876, leave to appeal refused with costs, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Amic Mortgage Investment Corp. v. Marquette Financial Services Ltd.* (Alta.), 16906, leave to appeal refused with costs, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Apollo Leasing Ltd. et al. v. Dorland et al.* (Ont.), 16965, leave to appeal refused with costs, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Archambault et autre v. Carrière* (Qué.), 17014, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Army, Navy & Air Force Veterans, in Canada, Saskatoon Unit No. 38 v. Morguard Trust Co.* (Sask.), 17007, leave to appeal refused with costs, 5.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Asbestonos Corporation Ltd. v. Syndicat international des travailleurs unis de l'automobile, de l'aéronautique, de l'astronautique et des instruments aratoires d'Amérique, local 1469* (Qué.), 17051, leave to appeal refused with costs, 3.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Association canadienne-française de l'Ontario v. Procureur général du Québec et autre* (Qué.), 16910, leave to appeal refused with costs, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd. et al.* (Alta.), 16998, leave to appeal granted, 5.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Attorney General of Canada v. Canadian Pacific Transport Co. Ltd. et al.* (Alta.), 16998, leave to appeal granted, 5.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Attorney General of Canada v. Greaves et al.* (F.C.A.), 16951, application for leave to appeal refused with costs, 5.4.82, requête pour autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada (Reference: Proposed Development of Land in the Stony Plain Indian Reserve No. 135)* (Alta.), 16901, notice of discontinuance filed, 4.5.82, avis de désistement produit.
- Attorney General of Canada v. Wetmore et al.* (B.C.), 16889, leave to appeal granted, 26.1.82, autorisation d'appeler accordée.
- Attorney General of Nova Scotia v. Burke et al.* (N.S.), 16882, leave to appeal granted, 26.1.82, autorisation d'appeler accordée.
- B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.* (B.C.), 17011, leave to appeal granted, 5.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Bahler et autre v. Pfeuti et autres* (Qué.), 16989, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Banas et al. v. The Queen* (Ont.), 16927, notice of discontinuance filed, 7.6.82, avis de désistement produit.
- Banque fédérale de développement et autre v. Scierie Mont-Valin Ltée et autres* (Qué.), 16987, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Banque Nationale du Canada v. Union internationale des employés de commerce et autre* (F.C.A.), 17019, leave to appeal granted, 10.5.82, autorisation d'appeler accordée.
- Beecham Canada Ltd. et al. v. Procter & Gamble Co.* (F.C.A.), 16993, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

- Bégin v. St-Hilaire et autres* (Qué.), 16887, leave to appeal refused with costs, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Bélanger v. La Reine* (Qué.), 16871, leave to appeal refused, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Bertrand v. Nolan et autres* (Qué.), 17105, leave to appeal refused, 23.6.82, autorisation d'appeler refusée.
- Beson et al. v. Director of Child Welfare for the Province of Newfoundland* (Nfld.), 17154, leave to appeal granted, and pending the hearing of this appeal which shall be expedited, the respondent shall return the child, Christopher, to the foster home in which he resided after his removal from the home of the applicants in January 1981, 23.6.82, autorisation d'appeler accordée, jusqu'à l'audition du pourvoi, qui sera hâtée, l'intimé renverra l'enfant Christopher au foyer d'adoption où il demeurerait après avoir été retiré du foyer des requérants en janvier 1981.
- Blood Band of Indians (Reference: Proposed Development of Land in the Stony Plain Indian Reserve No. 135)* (Alta.), 16901, notice of discontinuance filed, 12.5.82, avis de désistement produit.
- Bonli v. Gosselin et al.* (Sask.), 16912, leave to appeal refused, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- British Columbia (Government of the Province of) v. Canadian Pacific Ltd. et al.* (F.C.A.), 16954, leave to appeal refused with costs, 18.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Bryce v. La Reine* (F.C.A.), 17045, leave to appeal granted, 28.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- C.B.I. Constructors Ltd. v. Procon (Great Britain) Ltd. et al.* (Qué.), 17106, leave to appeal refused with costs, 23.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canada Packers Ltd. v. New Brunswick Cold Storage Co. Ltd.* (N.B.), 16831, leave to appeal refused with costs, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canada Trust Co. et al. v. Cenex Ltd. et al.* (Sask.), 16995, 17013, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers, Local 14 v. Canadian Kenworth Co., Division of Paccar of Canada Ltd.* (B.C.), 17062, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Family Radio Ltd. et al. v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission* (F.C.A.), 16923, leave to appeal refused with costs, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian General Electric Co. Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.* (F.C.A.), 15799, notice of discontinuance filed, 3.3.82, avis de désistement produit.
- Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission et al.* (F.C.A.), 17158, leave to appeal refused with costs, 23.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (Ont.), 17082, leave to appeal refused with costs, 31.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission v. Bell Canada et al.* (F.C.A.), 17036, leave to appeal refused with costs, 17.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Union of Public Employees et al. v. Ajax and Pickering General Hospital et al.* (Ont.), 16967, leave to appeal refused with costs, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Union of Public Employees, Local 79 v. Corporation of the City of Toronto* (Ont.), 17035, leave to appeal refused with costs, 3.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Canadian Vickers Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 15798, notice of discontinuance filed, 3.3.82, avis de désistement produit.
- Carleton v. The Queen* (Alta.), 17010, leave to appeal granted, 5.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Carlton v. The Queen* (Sask.), 16911, leave to appeal refused, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Carroll-Hatch and Associates Ltd. v. Corporation of the District of Surrey et al.* (B.C.), 15849, notice of discontinuance filed, 4.1.82, avis de désistement produit.

- Centre Hospitalier Jonquière v. Syndicat professionnel des infirmières et infirmiers de Chicoutimi et autres* (Qué.), 16955, leave to appeal refused with costs, 18.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Century Insurance Co. of Canada et al. v. Case Existological Laboratories Ltd. et al.* (B.C.), 17103, leave to appeal granted, 23.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- Cessna Aircraft Co. v. Bell* (B.C.), 17050, leave to appeal refused with costs, 27.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Chiarelli, Thompson, Cramer, Graw & Custance v. Commercial Credit Corporation* (Ont.), 16997, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Chiasson v. The Queen* (N.B.), 17085, leave to appeal granted, 7.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- Chupryk v. Haykowski* (Man.), 16165, notice of discontinuance filed, 19.2.82, avis de désistement produit.
- Clayton Developments Ltd. v. Nova Scotia Housing Commission et al.* (N.S.), 16956, leave to appeal refused with costs, 18.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Cole et al. v. The Queen* (Ont.), 16963, leave to appeal refused, 5.4.82, autorisation d'appeler refusée.
- Commission scolaire régionale de l'Outaouais v. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (CSN) et autres* (Qué.), 17015, leave to appeal refused with costs, 31.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Consumers Distributing Co. Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. et al.* (Ont.), 16970, leave to appeal granted, 5.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Contreras-Gutierrez v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 16820, notice of discontinuance filed, 19.1.82, avis de désistement produit.
- Co-Operative Fire and Casualty Co. v. Novak* (N.B.), 16899, leave to appeal refused with costs, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Co-Operative Fire and Casualty Co. v. Ritchie et al.* (N.S.), 17000, leave to appeal granted, 5.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Coopers & Lybrand Ltd. et al. v. Toronto Motor Car Leasing* (Ont.), 17080, leave to appeal refused with costs, 22.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Cope v. The Queen* (N.S.), 16969, leave to appeal refused, 5.4.82, autorisation d'appeler refusée.
- Coquitlam (District of) v. District of Coquitlam Firefighters' Association, I.A.F.F. Local 1782* (B.C.), 17049, leave to appeal granted, 27.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Corporation professionnelle des infirmières et infirmiers auxiliaires du Québec v. Morrissette et autres* (Qué.), 16975, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Côté et autres v. La Reine* (Qué.), 17138, leave to appeal refused, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée.
- Crelinstein Realities Ltd. v. Ville de Montréal* (Qué.), 17076, leave to appeal refused with costs, 18.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Crosbie Offshore Services Ltd. v. Seafarers' International Union of Canada CLC-AFL-CIO et al.* (F.C.A.), 17054, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Cross v. The Queen* (Alta.), 17004, leave to appeal refused, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Daigneault v. Richard* (Qué.), 16952, leave to appeal granted, 18.3.82, autorisation d'appeler accordée.
- de Monte v. The Queen* (Ont.), 16991, leave to appeal refused, 3.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- deWolf v. The Queen* (B.C.), 17079, leave to appeal refused, 31.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Didyk v. Skoworodko et al.* (Alta.), 16875, leave to appeal refused with costs, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Dollan v. The Queen* (Ont.), 16933, leave to appeal refused, 2.3.82, autorisation d'appeler refusée.
- Dubé v. The Queen* (Ont.), 17028, leave to appeal refused, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée.

- Duhamel v. The Queen* (Alta.), 16854, leave to appeal granted, 23.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- Edith Lake Service Ltd. and Hoyda Holdings Ltd. v. City of Edmonton* (Alta.), 16973, leave to appeal refused with costs, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Edith Lake Service Ltd. and John Hoyda v. City of Edmonton* (Alta.), 16973, leave to appeal refused with costs, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Egmont Towing & Sorting Ltd. v. The Ship "Telendos"* (F.C.A.), 17115. The Egmont Towing & Sorting Ltd. application is dismissed with costs. The Ship "Telendos" cross-application is withdrawn and there are no costs, 7.6.82. La requête de Egmont Towing & Sorting Ltd. est rejetée avec dépens. La requête du navire «Telendos» est retirée sans adjudication de dépens.
- Fearon-Gayle v. Attorney General of Canada et al.* (F.C.A.), 17046, leave to appeal refused, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Fedora v. The Queen* (Sask.), 16816, leave to appeal refused, 2.3.82, autorisation d'appeler refusée.
- First Federal Construction Ltd. et al. v. Canadian Financial Co.* (Ont.), 16894, leave to appeal refused with costs, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Fontaine v. The Queen* (Man.), 16873, leave to appeal refused, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Foy v. Foy* (Ont.), 16856, leave to appeal refused, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Frank Sbrocchi Real Estate Ltd. v. Huber et al.* (Ont.), 17087, leave to appeal refused with costs, 7.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Fraternité des chauffeurs d'autobus, opérateurs de métro et employés des services connexes au transport de la C.T.C.U.M. v. Monastesse* (Qué.), 16893, leave to appeal refused with costs, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Fundy Chemical International v. C.R.F. Holdings Ltd. et al.*, (B.C.), 16974, leave to appeal refused with costs, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Gagnon v. La Reine* (F.C.A.), 16851, leave to appeal granted, 9.2.82, autorisation d'appeler accordée.
- George Wimpey Canada Ltd. v. Peelson Hills Ltd. et al.* (Ont.), 17078, leave to appeal refused with costs, 17.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Giagnocavo et al. v. The Queen* (Ont.), 17070, leave to appeal refused, 31.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Giagnocavo et al. v. Victoria & Grey Trust Co. et al.* (Ont.), 17020, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Ginsberg v. Marathon Realty Co.* (Ont.), 17023, leave to appeal refused with costs, 28.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Gloucester Properties Ltd. et al. v. Provincial Agricultural Land Commission* (B.C.), 16895, leave to appeal refused with costs, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Grand Council of the Crees (of Quebec) v. Attorney General of Quebec et al.* (Qué.), 16904, leave to appeal refused with costs, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Great American Insurance Co. v. Oshawa Group Ltd.* (Ont.), 17075, leave to appeal refused with costs, 17.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Gronin v. La Reine* (N.B.), 17008, leave to appeal refused, 17.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Guardian Insurance Co. of Canada v. Oshawa Group Ltd.* (Ont.), 17074, leave to appeal refused with costs, 17.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Gilde de la Marine marchande du Canada v. Gagnon et autre* (Qué.), 16891, leave to appeal granted, 9.2.82, autorisation d'appeler accordée.
- Hagenlocher v. The Queen* (Man.), 17063, leave to appeal refused, 17.5.82, autorisation d'appeler refusée.



- Halifax County Pulp Co., Ltd. v. Rutledge et al.* (N.S.), 16985, leave to appeal refused with costs, 5.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Haljan v. Sabol* (Alta.), 16988, leave to appeal refused with costs, 27.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Hall v. The Queen* (Alta.), 16942, leave to appeal refused, 1.3.82, autorisation d'appeler refusée.
- Hansen v. The Queen* (Alta.), 16838, leave to appeal refused, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Hayes v. The Queen* (Alta.), 16946, leave to appeal refused, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée.
- Health Sciences Centre v. Parkinson* (Man.), 16999, leave to appeal refused with costs, 5.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Hechter et al. v. Zinman* (Man.), 16872, leave to appeal refused with costs, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Hendrickson Mechanical and Structural Co. Ltd. v. Manitoba Labour Board et al.* (Man.), 16916, leave to appeal refused, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Hoffer et Marcovitz et autres v. Swift Canadian Co.* (Qué.), 16968, leave to appeal refused with costs, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Hotte v. Bombardier Ltée et autre* (Qué.), 16885, leave to appeal refused with costs, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Irvine et al. v. Restrictive Trade Practices Commission et al.* (F.C.A.), 16950, leave to appeal granted, 15.3.82, autorisation d'appeler accordée.
- James Richardson & Sons Ltd. v. Minister of National Revenue* (F.C.A.), 17152-17163-17169, leave to appeal granted, 23.6.8 autorisation d'appeler accordée.
- Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen* (F.C.A.), 16940, leave to appeal granted, 15.3.82, autorisation d'appeler accordée.
- Juneau (Héritiers de Roger) v. Fabrique de la paroisse de St-Damase* (Qué.), 16929, leave to appeal refused with costs, 18.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Kamloops (City of) v. Nielsen et al.* (Sask.), 16896, leave to appeal granted, 1.2.82, autorisation d'appeler accordée.
- Kelly v. The Queen* (Qué.), 17030, leave to appeal [regarding s. 186(1)(c) of *Criminal Code*] refused, 18.5.82, autorisation d'appeler [relative à l'al. 186(1)c) du *Code criminel*] refusée.
- Kelly v. The Queen* (Qué.), 17130, leave to appeal [regarding Crown attorney acting as an interpreter without being sworn] refused, 21.6.82, autorisation d'appeler [relative au fait que le substitut du procureur général a agi à titre d'interprète sans avoir prêté serment] refusée.
- Ken Gordon Excavating Ltd. v. Edstan Construction Ltd. et al.* (Ont.), 17143, leave to appeal granted, 22.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- Kennedy v. The Queen* (Man.), 16874, leave to appeal refused, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée.
- Kienzle v. Stringer* (Ont.), 16930, leave to appeal refused with costs, 2.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Kuehner v. Baumann et al.* (Ont.), 16632, leave to appeal refused with costs, 7.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Lachapelle et autre v. La Reine* (Qué.), 17040, leave to appeal refused, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Lakeview Motors Ltd. et al. v. The Queen* (B.C.), 17053, leave to appeal refused with costs, 3.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Langlois et autre v. Ministère de la Justice du Québec et autres* (Qué.), 16908, leave to appeal granted, 9.2.82, autorisation d'appeler accordée.
- Leader Post Ltd. et al. v. Loos et al.* (Sask.), 17059, leave to appeal refused with costs, 3.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

- Leblanc v. Commission scolaire du Nouveau-Québec et autre* (Qué.), 17060, leave to appeal refused with costs, 31.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Leblanc v. The Queen* (N.B.), 16919, leave to appeal refused, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Lechasseur v. La Reine* (Qué.), 17041, leave to appeal refused, 27.4.82, autorisation d'appeler refusée.
- L'Heureux v. Commissaires d'école de la Régionale Louis Fréchette* (Qué.), 16949, leave to appeal refused with costs, 1.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Lumbermens Mutual Casualty Co. et al. v. All Nations Trading Corporation Ltd. et al.* (Ont.), 17120, leave to appeal refused with costs, 22.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- MacGregor v. The Queen* (Ont.), 16880, leave to appeal refused, 2.3.82, autorisation d'appeler refusée.
- McCollum Aviation Inc. v. The Queen* (Qué.), 17039, leave to appeal refused, 18.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- McKibbon v. The Queen* (Ont.), 16884, leave to appeal granted, 15.2.82, autorisation d'appeler accordée.
- McNamara v. The Queen* (Ont.), 17055, leave to appeal refused, 3.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Maroukis v. Maroukis et al.* (Ont.), 16867, leave to appeal granted, 26.1.82, autorisation d'appeler accordée.
- Marzan v. The Queen* (Man.), 16921, leave to appeal refused, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Matthews Group Ltd. v. Debuka Enterprises of London Ltd.* (Ont.), 16888, leave to appeal refused with costs, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Merineau v. La Reine* (F.C.A.), 16883, leave to appeal granted, 27.1.82, autorisation d'appeler accordée.
- Metal Industries Association v. Butterfield Machinery Ltd. et al.* (B.C.), 17107, leave to appeal refused with costs, 23.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Montréal (Ville de) v. Gagnon et autres* (Qué.), 16926, leave to appeal refused with costs, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Montréal (Ville de) v. Massicotte* (Qué.), 17131, leave to appeal refused with costs, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Munk v. The Queen* (Ont.), 16900, leave to appeal refused, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée.
- Murphy et al. v. The Queen* (B.C.), 17104, leave to appeal refused, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée.
- Neder v. The Queen* (F.C.A.), 16897, leave to appeal refused with costs, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Newfoundland Fishermen, Food and Allied Workers Union, Local 1252 et al. v. Ocean Harvesters Ltd.* (Nfld.), 16943, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Northern Purification Services (Eastern) Ltd. v. Earl* (Ont.), 16960, leave to appeal refused with costs, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Oakwood Development Ltd. v. Rural Municipality of St. François Xavier* (Man.), 17017, leave to appeal granted, 10.5.82, autorisation d'appeler accordée.
- Ontario Housing Corporation v. Ken Gordon Excavating Ltd. et al.* (Ont.), 17132, leave to appeal granted, 22.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- Ontario Labour Relations Board v. Baltimore Aircoil Interamerican Corporation* (Ont.), 16990, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Oromocto Property Developments Ltd. et al. v. Oromocto Development Corporation* (N.B.), 16914, leave to appeal refused with costs, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Paine v. University of Toronto et al.* (Ont.), 16966, leave to appeal refused with costs, 5.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Partington v. Barrow et al.* (Ont.), 16922, leave to appeal refused, 1.2.82, autorisation d'appeler refusée.

- Paul Revere Life Insurance Co. v. Sucharov* (Man.), 16945, leave to appeal granted, 18.3.82, autorisation d'appeler accordée.
- Perry et al. v. Consulex Ltd.* (B.C.), 17012, leave to appeal refused with costs, 5.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Perry et al. v. The Queen et al.* (F.C.A.), 16996, leave to appeal refused with costs, 31.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Phillips et al. v. The Queen* (N.B.), 16935, leave to appeal granted, 15.3.82, autorisation d'appeler accordée.
- Plantation Indoor Plants Ltd. v. Attorney General of Alberta* (Alta.), 17038, leave to appeal granted, 27.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Pope v. Canadian Pacific Ltd. et al.* (Ont.), 16957, leave to appeal granted, 22.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- Potts v. The Queen* (Ont.), 16994, leave to appeal refused, 17.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Provincial Bank of Canada et al. v. Thermo King Corporation* (Ont.), 16928, leave to appeal refused with costs, 2.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- R. v. Allen et al.* (Alta.), 17122, leave to appeal refused, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Arnos et al.* (F.C.A.), 17111, leave to appeal refused with costs, 23.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- R. v. Steven Casey Big Plume* (Alta.), 17065, leave to appeal refused, 7.6.82, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Bouchard* (Man.), 16962, notice of discontinuance filed, 7.4.82, avis de désistement produit.
- R. v. Coles* (Ont.), 17042, leave to appeal refused, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Cranswick* (F.C.A.), 16964, leave to appeal refused with costs, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- R. v. Fowler* (Nfld.), 17044, leave to appeal refused, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Garlow* (Ont.), 17128, leave to appeal granted, 21.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- R. v. Isaac* (Qué.), 16971, leave to appeal granted, 5.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- R. v. Morehouse* (N.B.), 16959, leave to appeal refused, 5.4.82, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Negus* (Alta.), 17047, leave to appeal refused, 27.4.82, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Powder* (Alta.), 16905, leave to appeal refused, 1.3.82, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Reburn* (Alta.), 17102, leave to appeal refused, 7.6.82, autorisation d'appeler refusée.
- R. v. Roche* (B.C.), 16925, leave to appeal granted, 1.3.82, autorisation d'appeler accordée.
- R. v. WIS Development Corporation Ltd. et al.* (Alta.), 16947, leave to appeal granted, 5.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Radocsay v. Bank of Nova Scotia* (Ont.), 16825, leave to appeal granted, 9.2.82, autorisation d'appeler accordée.
- Ranger v. The Queen* (Ont.), 16858, leave to appeal refused, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Rasmussen v. The Queen* (B.C.), 16936, leave to appeal refused, 1.3.82, autorisation d'appeler refusée.
- Reference: Proposed Development of Land in the Stony Plain Indian Reserve No. 135* (Alta.), 16901, notice of discontinuance filed, 4.5.82, avis de désistement produit.
- Regina (City of) v. Managerial Services Ltd.* (Sask.), 16982, leave to appeal refused with costs, 5.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Richard Bennett Developments (Sarnia) Ltd. et al. v. Malahide Developments Ltd.* (Ont.), 17066, leave to appeal granted, 31.5.82, autorisation d'appeler accordée.
- Ridge v. The Queen* (Ont.), 17016, leave to appeal refused, 17.5.82, autorisation d'appeler refusée.

- Ridgewood Resources Ltd. v. Henuset* (Alta.), 17024, leave to appeal refused with costs, 27.4.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Robertson v. The Queen* (B.C.), 17081, leave to appeal refused, 17.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Rocha v. The Queen* (Ont.), 17025, leave to appeal refused, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée.
- Roman Catholic Bishop of Edmundston v. Cyr* (N.B.), 17134, to appeal refused with costs, 22.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Roman Catholic Bishop of Edmundston v. Theriault* (N.B.), 17133, leave to appeal refused with costs, 22.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Rothmans (Compagnie) De Pall Mall Canada Ltée v. Syndicat international des boulangeries, confiseries et tabac, section locale 261-T* (Qué.), 16886, leave to appeal refused with costs, 1.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Sadjade v. La Reine* (Qué.), 17003, leave to appeal granted, 5.4.82, autorisation d'appeler accordée.
- Sanitor Ltée et autre v. Commission scolaire régionale de la Baie des Chaleurs* (Qué.), 17001, leave to appeal refused with costs, 31.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Schmidt v. The Queen* (Ont.), 17052, leave to appeal refused, 28.4.82, autorisation d'appeler refusée.
- Scrimés et al. v. Nickle et al.* (Alta.), 16924, leave to appeal refused with costs, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Services Ménagers Roy Ltée v. Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (CSN) et autres* (Qué.), 17021, leave to appeal refused with costs, 31.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Shalansky et al. v. Board of Governors of the Regina Pasqua Hospital* (Sask.), 17162, leave to appeal granted, 22.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- Simon v. The Queen* (N.S.), 17006, leave to appeal granted, 10.5.82, autorisation d'appeler accordée.
- Singh v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 16948, leave to appeal refused, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée.
- Singh v. Singh* (Alta.), 16892, leave to appeal refused with costs, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Skogman v. The Queen* (B.C.), 17031, leave to appeal granted, 10.5.82, autorisation d'appeler accordée.
- Smerchanski v. C.R.F. Holdings Ltd. et al.* (B.C.), 16972, 16974, leave to appeal refused with costs, 15.3.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Smith v. The Queen* (Ont.), 17117, leave to appeal refused, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée.
- Smuck v. Corporation of the City of St. Thomas* (Ont.), 16981, leave to appeal refused with costs, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Société d'Énergie de la Baie James et autres v. Commission des droits de la personne du Québec et autre* (Qué.), 16859, leave to appeal refused with costs, 26.1.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Sokolowski v. The Queen* (Alta.), 17005, leave to appeal refused, 10.5.82, autorisation d'appeler refusée.
- Susin et al. v. 297509 Ontario Limited et al.* (Ont.), 17043, leave to appeal refused with costs, 31.5.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Syndicat des professeurs du Collège de Lévis-Lauzon et autres v. Collège d'enseignement général et professionnel de Lévis-Lauzon* (Qué.), 17069, leave to appeal granted, 31.5.82, autorisation d'appeler accordée.
- Tassou v. Beckmat Leaseholds Ltd. et al.* (Alta.), 17100, leave to appeal refused with costs, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Telecommunication Workers Union v. British Columbia Ferry Corp.* (B.C.), 16870, leave to appeal granted, 1.3.82, autorisation d'appeler accordée.

- Telecommunications Workers' Union, Local 36 v. Fording Coal Ltd.* (B.C.), 16870, leave to appeal granted, 1.3.82, autorisation d'appeler accordée.
- Tex-Mall Properties Ltd. v. Multi-Malls Inc.* (Ont.), 16937, leave to appeal refused with costs, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Tex-Mall Properties Ltd. v. Multi-Malls Inc. et al.* (Ont.), 16937, leave to appeal refused with costs, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Tintagel Ltd. v. Ron Robinson Ltd.* (Ont.), 16934, leave to appeal refused with costs, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Triglav (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et autre* (F.C.A.), 16980, leave to appeal granted, 10.5.82, autorisation d'appeler accordée.
- Turnel v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 17084, leave to appeal refused with costs, 7.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Turnel v. Bank of Nova Scotia* (Ont.), 17126, leave to appeal refused with costs, 21.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Turner v. Pope and Canadian Pacific Ltd. et al.* (Ont.), 17163, leave to appeal granted, 22.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- Turner v. Wotherspoon et al. and Canadian Pacific Ltd. et al.,* (Ont.), 17163, leave to appeal granted, 22.6.82, autorisation d'appeler accordée.
- Vachon v. The Queen* (F.C.A.), 16890, leave to appeal granted, 1.2.82, autorisation d'appeler accordée.
- Vassart v. Robert Simpson's Montreal Ltd. et autres* (Qué.), 16909, leave to appeal refused with costs, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Vézina v. Ministre des Affaires sociales du Québec et autre* (Qué.), 16918, leave to appeal refused with costs, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Vizzi et autre v. La Reine* (Qué.), 16932, leave to appeal refused, 15.2.82, autorisation d'appeler refusée.
- Westendorp v. The Queen* (Alta.), 17071, leave to appeal granted, 17.5.82, autorisation d'appeler accordée.
- Western Approaches Ltd. v. Bellman et al.* (B.C.), 16961, leave to appeal granted, 18.3.82, autorisation d'appeler accordée.
- Wilchar Construction Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 16877, leave to appeal refused with costs, 9.2.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Williams v. W.I. Jim Harding et al.* (Ont.), 16939, leave to appeal refused, 28.4.82, autorisation d'appeler refusée.
- Woolley, Hames, Dale & Dingwall v. Davey* (Ont.), 17088, leave to appeal refused with costs, 23.6.82, autorisation d'appeler refusée avec dépens.
- Wotherspoon et al. v. Canadian Pacific Ltd. et al.* (Ont.), 16958, leave to appeal granted, 22.6.82, autorisation d'appeler accordée.



## TABLE OF JUDGMENTS

|  | PAGE |   | PAGE |
|--|------|---|------|
| <b>A</b>   |      |   |      |
| Agincourt Football Enterprises Ltd., Barton v. ....  | 666  | Canadian Pacific Railway Co. <i>et al.</i> , Carman Construction Ltd. v. ....                       | 958  |
| Agricultural Stabilization Board, Jacobs <i>et al.</i> v. ....   | 125  | Cardinal <i>et al.</i> v. The Queen.....  | 508  |
| Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63, Edmonton, <i>et al.</i> v. Board of Governors of Olds College..... | 923  | Carman Construction Ltd. v. Canadian Pacific Railway Co. <i>et al.</i> .....                        | 958  |
| Armstrong Cork Canada v. Domco Industries Ltd.....   | 907  | Carter, R. v. (Appeal adjourned).....   | 937  |
| Attorney General of Canada <i>et al.</i> , Commission des droits de la personne v.....                               | 215  | Carter, R. v.....   | 938  |
| Attorney General of Canada, Korponay v.....  | 41   | Cie H. Fortier <i>et al.</i> , Gobeil v.....  | 988  |
| Attorney General of Nova Scotia <i>et al.</i> v. MacIntyre .....   | 175  | Commission des accidents du travail du Québec v. Valade.....  | 1103 |
| Attorney General of Quebec <i>et al.</i> , Bolduc v. ....  | 573  | Commission des droits de la personne v. Attorney General of Canada <i>et al.</i> .....              | 215  |
| <b>B</b>   |      |   |      |
| B.C. Family Relations Act, Re:.....  | 62   | Continental Insurance Co. v. Dalton Cartage Co. Ltd. <i>et al.</i> .....                            | 164  |
| Barton v. Agincourt Football Enterprises Ltd. ....   | 666  | Corporation of the Township of Vespra <i>et al.</i> , Innisfil (Corporation of the Township) v..... | 1107 |
| Beard v. Beard.....  | 282  | CRTC <i>et al.</i> , CTV Television Network Ltd. v.....   | 530  |
| Board of Governors of Olds College, Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63, Edmonton, <i>et al.</i> v..... | 923  | CRTC v. CTV Television Network Ltd. <i>et al.</i> .....   | 530  |
| Bolduc v. Attorney General of Quebec <i>et al.</i> .....   | 573  | CTV Television Network Ltd. <i>et al.</i> , CRTC v.....   | 530  |
| Borough of Etobicoke, Ontario Human Rights Commission <i>et al.</i> v. ....  | 202  | CTV Television Network Ltd. v. CRTC <i>et al.</i> .....   | 530  |
| Bradshaw <i>et al.</i> , Fee <i>et al.</i> v. ....   | 607  | <b>D</b>  |      |
| Bradshaw <i>et al.</i> , Fee <i>et al.</i> v. ....   | 608  | Dairy Producers Co-Operative Ltd. of Prince Albert v. Lyons .....                                   | 338  |
| Bradshaw <i>et al.</i> , Fee <i>et al.</i> v. ....   | 609  | Dalton Cartage Co. Ltd. <i>et al.</i> , Continental Insurance Co. v. ....                           | 164  |
| Brown, R. v.....   | 859  | Denis-Cossette <i>et al.</i> v. Germain <i>et al.</i> .....   | 751  |
| Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission .....   | 443  | Descôteaux <i>et al.</i> v. Mierzwinski.....  | 860  |
| <b>C</b>   |      |   |      |
| C.A.T.C.A. v. The Queen .....  | 696  | Domco Industries Ltd., Armstrong Cork Canada v.....   | 907  |
| Canada Employment and Immigration Commission, Bryden v.....  | 443  | Dunlop Canada Ltd., Lister (R.E.) Ltd. <i>et al.</i> v.....   | 726  |
| <b>E</b>   |      |   |      |
|  |      | Equipements Roebec Inc. <i>et al.</i> v. Minister of National Revenue .....                         | 605  |

|   | PAGE |  | PAGE |
|---|------|--|------|
| <b>F</b>  |      | <b>K</b>   |      |
| <i>Fee et al. v. Bradshaw et al.</i> .....                    | 607  | <i>Korponay v. Attorney General of Canada</i> .....          | 41   |
| <i>Fee et al. v. Bradshaw et al.</i> .....                    | 608  | <i>Korr Marketing Ltd. et al., Oxford Pendaflex</i>          |      |
| <i>Fee et al. v. Bradshaw et al.</i> .....                    | 609  | <i>Canada Ltd. v.</i> .....                                  | 494  |
| <i>Flamand v. The Queen</i> .....                             | 337  |  |      |
| <i>Ford v. The Queen</i> .....                                | 231  |  |      |
| <i>Foreign Claims Commission et al., Schavernoch v.</i>       | 1092 |  |      |
|   |      | <b>L</b>   |      |
| <b>G</b>  |      | <i>Lafrance et al., St. Luc Hospital v.</i> .....            | 974  |
| <i>Geauvreau, R. v.</i> .....                                 | 485  | <i>Lamarche v. The Queen</i> .....                           | 345  |
| <i>Germain et al., Denis-Cossette et al. v.</i> .....         | 751  | <i>Langille et al. v. Toronto-Dominion Bank</i> .....        | 34   |
| <i>Gobeil v. Cie H. Fortier et al.</i> .....                  | 988  | <i>Leblanc v. The Queen</i> .....                            | 344  |
| <i>Goodman v. Rompkey et al.</i> .....                        | 589  | <i>Lister (R.E.) Ltd. et al. v. Dunlop Canada Ltd.</i> ..... | 726  |
| <i>Government of the Republic of Italy v. Piperno</i> .....   | 320  | <i>Lucier v. The Queen</i> .....                             | 28   |
| <i>Goyette v. The Queen</i> .....                             | 688  | <i>Lyons, Dairy Producers Co-Operative Ltd. of</i>           |      |
| <i>Gray Rocks Inn Ltd., Rubis v.</i> .....                    | 452  | <i>Prince Albert v.</i> .....                                | 338  |
| <i>Gunn v. The Queen</i> .....                                | 522  |  |      |
|   |      | <b>M</b>   |      |
| <b>H</b>  |      | <i>MacIntyre, Attorney General of Nova Scotia et</i>         |      |
| <i>Halpenny (Estate) v. Paddon</i> .....                      | 559  | <i>al. v.</i> .....  | 175  |
| <i>Hanson et al. v. Johnson et al.</i> .....                  | 619  | <i>Mahoney v. The Queen</i> .....                            | 834  |
| <i>Harper v. The Queen</i> .....                              | 2    | <i>Massicotte et al., Teamsters Union, Local 938 v.</i> ...  | 710  |
| <i>Hawrish v. Peters et al.</i> .....                         | 1083 | <i>McGuigan v. The Queen</i> .....                           | 284  |
| <i>Hobbins v. The Queen</i> .....                             | 553  | <i>Metro-Toronto Board of Commissioners of Police,</i>       |      |
| <i>Holzer, Janke v.</i> .....                                 | 281  | <i>Metro-Toronto Police Association v.</i> .....             | 451  |
| <i>Hydro Electric Commission of Nepean v. Ontario</i>         |      | <i>Metro-Toronto Police Association v. Metro-</i>            |      |
| <i>Hydro</i> .....  | 347  | <i>Toronto Board of Commissioners of Police</i> .....        | 451  |
|   |      | <i>Mierzwinski, Descôteaux et al. v.</i> .....               | 860  |
| <b>I</b>  |      | <i>Minister of Finance of New Brunswick et al. v.</i>        |      |
| <i>Innisfil (Corporation of the Township) v. Corpo-</i>       |      | <i>Simpsons-Sears Ltd.</i> .....                             | 144  |
| <i>ration of the Township of Vespra et al.</i> .....          | 1107 | <i>Minister of National Revenue, Equipements Roc-</i>        |      |
|   |      | <i>bec Inc. et al. v.</i> .....                              | 605  |
|   |      | <i>Moore v. Johnson et al.</i> .....                         | 115  |
|   |      |  |      |
| <b>J</b>  |      | <b>O</b>   |      |
| <i>Jacobs et al. v. Agricultural Stabilization Board</i> .... | 125  | <i>Ontario Human Rights Commission et al. v.</i>             |      |
| <i>Janke v. Holzer</i> .....                                  | 281  | <i>Borough of Etobicoke</i> .....                            | 202  |
| <i>Johnson et al., Hanson et al. v.</i> .....                 | 619  | <i>Ontario Hydro, Hydro Electric Commission of</i>           |      |
| <i>Johnson et al., Moore v.</i> .....                         | 115  | <i>Nepean v.</i> .....                                       | 347  |
|   |      | <i>Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing</i>        |      |
|   |      | <i>Ltd. et al.</i> .....                                     | 494  |



|  | PAGE |   | PAGE |
|--|------|---|------|
| <b>P</b>   |      | <b>T</b>  |      |
| Paddon, Halpenny (Estate) v. ....  | 559  | Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte <i>et al.</i> ....   | 710  |
| Paul v. The Queen .....  | 621  | The Queen, C.A.T.C.A. v. ....   | 696  |
| Peters <i>et al.</i> , Hawrish v. ....   | 1083 | The Queen, Cardinal <i>et al.</i> v.....  | 508  |
| Piperno, Government of the Republic of Italy v. ....   | 320  | The Queen, Flamand v. ....  | 337  |
| Pitre <i>et al.</i> v. Robinson .....  | 283  | The Queen, Ford v. ....   | 231  |
|  |      | The Queen, Goyette v. ....  | 688  |
|  |      | The Queen, Gunn v. ....   | 522  |
|  |      | The Queen, Harper v. ....   | 2    |
|  |      | The Queen, Hobbins v. ....  | 553  |
| <b>R</b>   |      | The Queen, Lamarche v. ....   | 345  |
| R. v. Brown .....  | 859  | The Queen, Leblanc v. ....  | 344  |
| R. v. Carter (Appeal adjourned) .....  | 937  | The Queen, Lucier v. ....   | 28   |
| R. v. Carter .....   | 938  | The Queen, Mahoney v. ....  | 834  |
| R. v. Geauvreau .....  | 485  | The Queen, McGuigan v. ....   | 284  |
| Re: Exported Natural Gas Tax .....   | 1004 | The Queen, Paul v. ....   | 621  |
| Robinson, Pitre <i>et al.</i> v. ....  | 283  | The Queen, Saieva v. ....   | 897  |
| Rompkey <i>et al.</i> , Goodman v. ....  | 589  | The Queen, Sterner <i>et al.</i> v. ....  | 172  |
| Royal American Shows, Inc. <i>et al.</i> , United States<br>of America v. ....                                 | 414  | The Queen, Sweitzer v. ....   | 949  |
| Royal American Shows, Inc. <i>et al.</i> , United States<br>District Court, Middle District of Florida v. .... | 414  | The Queen, Vetrovec v. ....   | 811  |
| Royal Trust Co. v. Tucker .....  | 250  | Toronto-Dominion Bank, Langille <i>et al.</i> v. ....   | 34   |
| Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd. ....  | 452  | Tucker, Royal Trust Co. v. ....   | 250  |
| Ruttan v. Ruttan .....   | 690  |   |      |
|  |      | <b>U</b>  |      |
|  |      | United States of America v. Royal American<br>Shows, Inc. <i>et al.</i> .....                             | 414  |
|  |      | United States District Court, Middle District of<br>Florida v. Royal American Shows, Inc. <i>et al.</i> . | 414  |
| <b>S</b>   |      |   |      |
| Saieva v. The Queen .....  | 897  | <b>V</b>  |      |
| Schavernocho v. Foreign Claims Commission <i>et al.</i> ..   | 1092 | Valade, Commission des accidents du travail du<br>Québec v. ....  | 1103 |
| Simpsons-Sears Ltd., Minister of Finance of New<br>Brunswick <i>et al.</i> v. ....                             | 144  | Vander Kracht, Sterner v. ....  | 173  |
| St. Luc Hospital v. Lafrance <i>et al.</i> .....   | 974  | Vetrovec v. The Queen .....   | 811  |
| Sterner <i>et al.</i> v. The Queen .....   | 172  |   |      |
| Sterner v. Vander Kracht .....   | 173  |   |      |
| Sweitzer v. The Queen .....  | 949  |   |      |



## TABLE DES JUGEMENTS

|   | PAGE |  | PAGE |
|---|------|--|------|
| <b>A</b>  |      |  |      |
| A.C.C.T.A. c. La Reine .....  | 696  | Commission ontarienne des droits de la personne<br><i>et autres</i> c. Municipalité d'Etobicoke .....                                | 202  |
| Agincourt Football Enterprises Ltd., Barton c. ....   | 666  | Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique<br><i>et autre</i> , Carman Construction Ltd. c. ....                               | 958  |
| Alberta Union of Provincial Employees, section<br>63, Edmonton, <i>et autre</i> c. Conseil d'adminis-<br>tration de Olds College..... | 923  | Conseil d'administration de Olds College, Alberta<br>Union of Provincial Employees, section 63,<br>Edmonton, <i>et autre</i> c. .... | 923  |
| Armstrong Cork Canada c. Domco Industries<br>Ltd.....   | 907  | Continental Insurance Co. c. Dalton Cartage Co.<br>Ltd. <i>et autre</i> .....  | 164  |
| <b>B</b>  |      |  |      |
| Banque Toronto-Dominion, Langille <i>et autre</i> c. ....   | 34   | CRTC <i>et autres</i> , CTV Television Network Ltd. c.   | 530  |
| Barton c. Agincourt Football Enterprises Ltd. ....  | 666  | CRTC c. CTV Television Network Ltd. <i>et autres</i> .   | 530  |
| Beard c. Beard.....   | 282  | CTV Television Network Ltd. <i>et autres</i> , CRTC c.   | 530  |
| Bolduc c. Procureur général du Québec <i>et autre</i> ...   | 573  | CTV Television Network Ltd. c. CRTC <i>et autres</i> .   | 530  |
| Bradshaw <i>et autres</i> , Fee <i>et autre</i> c.....  | 607  | <b>D</b>   |      |
| Bradshaw <i>et autres</i> , Fee <i>et autre</i> c.....  | 608  | Dairy Producers Co-Operative Ltd. de Prince<br>Albert c. Lyons.....  | 338  |
| Bradshaw <i>et autres</i> , Fee <i>et autre</i> c.....  | 609  | Dalton Cartage Co. Ltd. <i>et autre</i> , Continental<br>Insurance Co. c. ....   | 164  |
| Brown, R. c.....  | 859  | Denis-Cossette <i>et autres</i> c. Germain <i>et autres</i> .....  | 751  |
| Bryden c. Commission de l'emploi et de l'immi-<br>gration du Canada .....   | 443  | Descôteaux <i>et autre</i> c. Mierzwinski .....  | 860  |
| <b>C</b>  |      |  |      |
| Cardinal <i>et autres</i> c. La Reine .....   | 508  | Domco Industries Ltd., Armstrong Cork Canada<br>c. ....  | 907  |
| Carman Construction Ltd. c. Compagnie du che-<br>min de fer canadien du Pacifique <i>et autre</i> .....                               | 958  | Dunlop Canada Ltd., Lister (R.E.) Ltd. <i>et autres</i><br>c.....  | 726  |
| Carter, R. c. (Pourvoi ajourné) .....   | 937  | <b>E</b>   |      |
| Carter, R. c.....   | 938  | Equipements Rocbec Inc. <i>et autres</i> c. Ministre du<br>Revenu national .....   | 605  |
| Cie H. Fortier <i>et autres</i> , Gobeil c. ....  | 988  | États-Unis d'Amérique c. Royal American Shows,<br>Inc. <i>et autres</i> .....  | 414  |
| Commission de l'emploi et de l'immigration du<br>Canada, Bryden c. ....   | 443  | <b>F</b>   |      |
| Commission des accidents du travail du Québec c.<br>Valade.....   | 1103 | Family Relations Act (C.-B.), Renvoi:.....   | 62   |
| Commission des droits de la personne c. Procureur<br>général du Canada <i>et autre</i> .....  | 215  | Fee <i>et autre</i> c. Bradshaw <i>et autres</i> .....   | 607  |
| Commission des réclamations étrangères <i>et</i><br><i>autres</i> , Schavernoch c.....  | 1092 |  |      |

|   | PAGE |   | PAGE |
|---|------|---|------|
|   |      | <b>K</b>  |      |
| Fee <i>et autre</i> c. Bradshaw <i>et autres</i> .....  | 608  | Korponay c. Procureur général du Canada .....   | 41   |
| Fee <i>et autre</i> c. Bradshaw <i>et autres</i> .....  | 609  | Korr Marketing Ltd. <i>et autres</i> , Oxford Pendaflex<br>Canada Ltd. c.....               | 494  |
| Flamand c. La Reine.....  | 337  |   |      |
| Ford c. La Reine.....   | 231  |   |      |
|   |      | <b>L</b>  |      |
| <b>G</b>  |      |   |      |
| Geauvreau, R. c. ....   | 485  | La Reine, A.C.C.T.A. c. ....  | 696  |
| Germain <i>et autres</i> , Denis-Cossette <i>et autres</i> c.....                               | 751  | La Reine, Cardinal <i>et autres</i> c. ....   | 508  |
| Gobeil c. Cie H. Fortier <i>et autres</i> .....   | 988  | La Reine, Flamand c. ....   | 337  |
| Goodman c. Rompkey <i>et autre</i> .....  | 589  | La Reine, Ford c. ....  | 231  |
| Gouvernement de la République d'Italie c.<br>Piperno.....                                       | 320  | La Reine, Goyette c. ....   | 688  |
| Goyette c. La Reine.....  | 688  | La Reine, Gunn c. ....  | 522  |
| Gray Rocks Inn Ltd., Rubis c.....   | 452  | La Reine, Harper c. ....  | 2    |
| Gunn c. La Reine.....   | 522  | La Reine, Hobbins c. ....   | 553  |
|   |      | La Reine, Lamarche c. ....  | 345  |
|   |      | La Reine, Leblanc c. ....   | 344  |
| <b>H</b>  |      | La Reine, Lucier c. ....  | 28   |
| Halpenny (Succession) c. Paddon.....  | 559  | La Reine, Mahoney c. ....   | 834  |
| Hanson <i>et autre</i> c. Johnson <i>et autres</i> .....  | 619  | La Reine, McGuigan c. ....  | 284  |
| Harper c. La Reine.....   | 2    | La Reine, Paul c. ....  | 621  |
| Hawrish c. Peters <i>et autres</i> .....  | 1083 | La Reine, Saieva c. ....  | 897  |
| Hobbins c. La Reine.....  | 553  | La Reine, Sterner <i>et autre</i> c. ....   | 172  |
| Holzer, Janke c. ....   | 281  | La Reine, Sweitzer c. ....  | 949  |
| Hôpital St-Luc c. Lafrance <i>et autre</i> .....  | 974  | La Reine, Vetrovec c. ....  | 811  |
| Hydro Electric Commission of Nepean c. Ontario<br>Hydro.....                                    | 347  | Lafrance <i>et autre</i> , Hôpital St-Luc c. ....   | 974  |
|   |      | Lamarche c. La Reine.....   | 345  |
|   |      | Langille <i>et autre</i> c. Banque Toronto-Dominion.....                                    | 34   |
|   |      | Leblanc c. La Reine.....  | 344  |
|   |      | Lister (R.E.) Ltd. <i>et autres</i> c. Dunlop Canada<br>Ltd.....                            | 726  |
|   |      | Lucier c. La Reine.....   | 28   |
|   |      | Lyons, Dairy Producers Co-Operative Ltd. de<br>Prince Albert c. ....                        | 338  |
|   |      |   |      |
|   |      | <b>M</b>  |      |
| Innisfil (Municipalité du canton) c. Municipalité<br>du canton de Vespra <i>et autres</i> ..... | 1107 | MacIntyre, Procureur général de la Nouvelle-<br>Écosse <i>et autre</i> c. ....              | 175  |
|   |      | Mahoney c. La Reine.....  | 834  |
| <b>J</b>  |      | Massicotte <i>et autre</i> , Syndicat des camionneurs,<br>section locale 938 c. ....        | 710  |
| Jacobs <i>et autres</i> c. Office de stabilisation des prix<br>agricoles.....                   | 125  | McGuigan c. La Reine.....   | 284  |
| Janke c. Holzer.....  | 281  | Metro-Toronto Board of Commissioners of Police,<br>Metro-Toronto Police Association c. .... | 451  |
| Johnson <i>et autres</i> , Hanson <i>et autre</i> c.....  | 619  |   |      |
| Johnson <i>et autres</i> , Moore c.....   | 115  |   |      |

|   | PAGE |   | PAGE |
|---|------|---|------|
| Metro-Toronto Police Association c. Metro-Toronto Board of Commissioners of Police.....           | 451  | Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté..   | 1004 |
| Mierzwinski, Descôteaux <i>et autre</i> c.....  | 860  | Robinson, Pitre <i>et autre</i> c.....  | 283  |
| Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick <i>et autre</i> c. Simpsons-Sears Ltée.....            | 144  | Rompkey <i>et autre</i> , Goodman c.....  | 589  |
| Ministre du Revenu national, Equipements Roberic Inc. <i>et autres</i> c.....                     | 605  | Royal American Shows, Inc. <i>et autres</i> , États-Unis d'Amérique c.....                                    | 414  |
| Moore c. Johnson <i>et autres</i> .....   | 115  | Royal American Shows, Inc. <i>et autres</i> , United States District Court, Middle District of Florida c..... | 414  |
| Municipalité d'Etobicoke, Commission ontarienne des droits de la personne <i>et autres</i> c..... | 202  | Royal Trust Co. c. Tucker.....  | 250  |
| Municipalité du canton de Vespra <i>et autres</i> , Innisfil (Municipalité du canton) c.....      | 1107 | Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.....  | 452  |
|   |      | Ruttan c. Ruttan.....   | 690  |
|   |      |   |      |
|   |      | <b>S</b>  |      |
|   |      | Saieva c. La Reine.....   | 897  |
| <b>O</b>  |      | Schavernoeh c. Commission des réclamations étrangères <i>et autres</i> .....                                  | 1092 |
| Office de stabilisation des prix agricoles, Jacobs <i>et autres</i> c.....                        | 125  | Simpsons-Sears Ltée, Ministre des Finances du Nouveau-Brunswick <i>et autre</i> c.....                        | 144  |
| Ontario Hydro, Hydro Electric Commission of Nepean c.....   | 347  | Sterner <i>et autre</i> c. La Reine.....  | 172  |
| Oxford Pendaflex Canada Ltd. c. Korr Marketing Ltd. <i>et autres</i> .....                        | 494  | Sterner c. Vander Kracht.....   | 173  |
|   |      | Sweitzer c. La Reine.....   | 949  |
|   |      | Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte <i>et autre</i> .....                              | 710  |
|   |      |   |      |
|   |      | <b>T</b>  |      |
| <b>P</b>  |      | Tucker, Royal Trust Co. c.....  | 250  |
| Paddon, Halpenny (Succession) c.....  | 559  |   |      |
| Paul c. La Reine.....   | 621  | <b>U</b>  |      |
| Peters <i>et autres</i> , Hawrish c.....  | 1083 | United States District Court, Middle District of Florida c. Royal American Shows, Inc. <i>et autres</i> ..... | 414  |
| Piperno, Gouvernement de la République d'Italie c.....  | 320  |   |      |
| Pitre <i>et autre</i> c. Robinson.....  | 283  |   |      |
| Procureur général de la Nouvelle-Écosse <i>et autre</i> c. MacIntyre.....                         | 175  |   |      |
| Procureur général du Canada <i>et autre</i> , Commission des droits de la personne c.....         | 215  |   |      |
| Procureur général du Canada, Korponay c.....  | 41   |   |      |
| Procureur général du Québec <i>et autre</i> , Bolduc c....  | 573  |   |      |
|   |      |   |      |
|   |      | <b>V</b>  |      |
| <b>R</b>  |      | Valade, Commission des accidents du travail du Québec c.....  | 1103 |
| R. c. Brown.....  | 859  | Vander Kracht, Sterner c.....   | 173  |
| R. c. Carter (Pourvoi ajourné).....   | 937  | Vetrovec c. La Reine.....   | 811  |
| R. c. Carter.....   | 938  |   |      |
| R. c. Geauvreau.....  | 485  |   |      |



## TABLE OF CASES CITED

## TABLE DES CAUSES CITÉES

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE   | WHERE REPORTED<br>RENOI                              | PAGE      |
|--|--|-----------|
| <b>A</b>   |  |           |
| A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd. ....   | [1979] 2 S.C.R. 43 .....                             | 830       |
| Abbot v. Fraser .....  | (1874) L.R. 6 P.C. 96 .....                          | 266       |
| Abrahams & Sons, In Re .....   | [1902] 1 Ch. 695 .....                               | 564       |
| Ace Holdings Corporation et al. v. Montreal Catholic School Board.   | [1972] S.C.R. 268 .....                              | 593       |
| Adgey v. The Queen .....   | [1975] 2 S.C.R. 426 .....                            | 49        |
| Agar-Ellis. Agar-Ellis v. Lascelles, In re .....   | (1883), 24 Ch. D. 317 .....                          | 87        |
| Alder et al. and The Queen, Re .....   | (1977), 37 C.C.C. (2d) 234 .....                     | 884       |
| American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd. ....   | [1972] F.C. 739 .....                                | 914       |
| American Express Warehousing, Ltd. v. Doe and Others .....   | [1967] 1 Lloyd's Rep. 222 .....                      | 428       |
| American-Abell Engine and Thresher Co. v. McMillan .....   | (1909), 42 S.C.R. 377 .....                          | 1000      |
| Anisimic Ltd. v. Foreign Compensation Commission .....   | [1969] 2 A.C. 147 .....                              | 716, 1100 |
| Anonymous .....  | (1858), 6 Grant 632 .....                            | 85        |
| Anti-Inflation Act Reference .....   | [1976] 2 S.C.R. 373 .....                            | 1043      |
| Atlantic Smoke Shops, Limited v. Conlon .....  | [1943] A.C. 550 .....                                | 151, 1027 |
| Attorney General for British Columbia v. Attorney General for<br>Canada .....  | (1922), 64 S.C.R. 377, aff'd [1924]<br>A.C. 22 ..... | 1055      |
| Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario .....  | [1937] A.C. 355 .....                                | 1070      |
| Attorney General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion<br>et al. ....   | [1896] A.C. 348 .....                                | 1043      |
| Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation .....   | [1946] A.C. 193 .....                                | 1044      |
| Attorney-General for Ontario v. Victoria Medical Building Ltd. ....  | [1960] S.C.R. 32 .....                               | 70        |
| Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Com-<br>pany et al .....  | [1926] A.C. 715 .....                                | 1050      |
| Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Railway<br>Co., et al. ....  | [1953] A.C. 594 .....                                | 1079      |
| Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-Gen-<br>eral for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia ..... | [1898] A.C. 700 .....                                | 1032      |
| Attorney-General of New South Wales v. Collector of Customs for<br>New South Wales .....   | (1908), 5 C.L.R. 818 .....                           | 1036      |
| Attorney General of Newfoundland v. Avalon Telephone Co. Ltd. ....   | (1962), 33 D.L.R. (2d) 402 .....                     | 160       |
| Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of<br>Canada et al. ....   | [1979] 1 S.C.R. 218. ....                            | 219       |
| Attorney General of Quebec v. Farrah .....   | [1978] 2 S.C.R. 638 .....                            | 69, 984   |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE   | WHERE REPORTED<br>RENOI                                    | PAGE     |
|--|--|----------|
| Attorney General of Quebec v. T., G., W., R. and C. ....   | (1977), 2 C.R. (3d) 30.....                                | 884      |
| Attorney-General v. Lockwood.....  | (1842), 9 M. & W. 377, 152 E.R. 160.....                   | 663      |
| Attorney-General v. Scully .....   | (1902), 4 O.L.R. 394.....                                  | 194      |
| <b>B</b>   |  |          |
| B. v. Department of Manpower and Immigration .....   | [1975] F.C. 602.....                                       | 616      |
| B and The Queen, Re .....  | (1977), 36 C.C.C. (2d) 235.....                            | 884      |
| B.X. Development Ltd. and The Queen, Re.....   | (1976), 36 C.R.N.S. 313;<br>(1976), 31 C.C.C. (2d) 14..... | 884      |
| Bank of Toronto v. Lambe .....   | (1887), 12 App. Cas. 575.....                              | 161      |
| Banque d'épargne de la cité et du district de Montréal v. Viau, .....  | [1976] C.S. 901.....                                       | 781      |
| Bater v. Bater .....   | [1950] 2 All E.R. 458.....                                 | 169      |
| Bauer v. Bank of Montreal.....   | [1980] 2 S.C.R. 102 .....                                  | 969      |
| Baylis v. Bishop of London.....  | [1913] 1 Ch. 127.....                                      | 376      |
| Beavan. Davies, Banks and Co (In re). v. Beavan .....  | [1913] 2 Ch. 595.....                                      | 1086     |
| Becke v. Smith.....  | (1836), 2 M. & W. 191, 150 E.R. 724.....                   | 663      |
| Bennett & White (Calgary) Ld. v. Municipal District of Sugar City<br>No. 5.....  | [1951] A.C. 786.....                                       | 1079     |
| Berd v. Lovelace.....  | (1577), 21 E.R. 33 .....                                   | 872      |
| Bilbie v. Lumley and Others .....  | (1802), 2 East 469; 102 E.R. 448.....                      | 357, 403 |
| Birmingham Vinegar Brewery Company v. Powell .....   | [1897] A.C. 710.....                                       | 503      |
| Bize v. Dickason and Another .....   | (1786), 1 T.R. 285; 99 E.R. 1097.....                      | 366      |
| Blayborough v. Brantford Gas Company .....   | (1909), 18 O.L.R. 243 .....                                | 96       |
| Board of Trade v. Owen and Seth-Smith .....  | (1957), 41 Cr. App.R. 11 .....                             | 578      |
| Boardman v. Director of Public Prosecutions .....  | [1974] 3 All E.R. 887.....                                 | 953      |
| Boileau v. Attorney-General of Quebec et al .....  | [1957] S.C.R. 463.....                                     | 993      |
| Borden & Elliott and The Queen, Re .....   | (1975), 30 C.C.C. (2d) 337 .....                           | 884, 892 |
| Boudreau v. The King.....  | [1949] S.C.R. 262.....                                     | 557      |
| Bourassa v. Grégoire.....  | (1926), 42 Que. K.B. 154.....                              | 461, 482 |
| Bowater's Newfoundland Pulp and Paper Mills, Limited, Re.....  | [1950] S.C.R. 608.....                                     | 120      |
| Bradburn v. Wentworth Arms Hotel, .....  | [1979] 1 S.C.R. 846 .....                                  | 930      |
| Bradley v. Canadian General Electric Co. Ltd. ....   | (1957), 8 D.L.R. (2d) 65.....                              | 931      |
| Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario.....   | [1973] S.C.R. 131.....                                     | 541      |
| Brewers and Maltsters' Association of Ontario v. Attorney General<br>for Ontario.....  | [1897] A.C. 231 .....                                      | 160      |
| Brisbane v. Dacres .....   | (1813) 5 Taunt. 143; 128 E.R. 641.....                     | 405      |
| British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology .....  | [1971] A.C. 610.....                                       | 142      |
| British Westinghouse Electric and Manufacturing Company Lim-<br>ited v. Underground Electric Railways Company of London,<br>Limited..... | [1912] A.C. 673 .....                                      | 681      |
| Brodie and Barrett v. The King.....  | [1936] S.C.R. 188.....                                     | 584      |
| Brodth v. Wearmouth and Pyle .....   | [1937] 1 W.W.R. 777.....                                   | 748      |
| Brook v. Booker.....   | (1909), 41 S.C.R. 331 .....                                | 993      |
| Brooks v. The King .....   | [1927] S.C.R. 633.....                                     | 847      |
| Brooks-Bidlake and Whittall, Limited v. Attorney-General for<br>British Columbia.....  | [1923] A.C. 450.....                                       | 1032     |
| Brosseau v. The Queen .....  | [1969] S.C.R. 181.....                                     | 49       |
| Brown v. The Queen .....   | [1962] S.C.R. 371.....                                     | 850      |



| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE | WHERE REPORTED<br>RENOI                 | PAGE     |
|--------------------------------------|---|----------|
| Browning v. Morris .....             | (1778), 2 Cowp. 790; 98 E.R. 1364 ..... | 392, 400 |
| Burchard v. Macfarlane .....         | [1891] 2 Q.B. 241 .....                 | 422      |

## C

|  |                                     |               |
|--|-------------------------------------|---------------|
| C.P.R. v. Attorney General for Saskatchewan.....   | [1952] 2 S.C.R. 231 .....           | 162           |
| Caddy v. Barlow .....  | (1827), 1 Man. & Ry. 275 .....      | 193           |
| Callisher v. Bischoffsheim .....   | (1870), L.R. 5 Q.B. 449 .....       | 743           |
| Canadian National Railways v. Lancia .....   | [1949] S.C.R. 177 .....             | 469           |
| Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick<br>Liquor Corporation ..... | [1979] 2 S.C.R. 227 .....           | 716, 931, 984 |
| Capital Cities Communications Inc. v. C.R.T.C. ....  | [1978] 2 S.C.R. 141 .....           | 541           |
| Carbo v. United States .....   | 314 F. 2d 718 (1963) .....          | 944           |
| Carignan v. Boutaric .....   | [1963] Que. Q.B. 222 .....          | 782           |
| Caron v. Archambault .....   | [1955] R.L. 438 .....               | 461           |
| Carpenter v. Déry .....  | (1877), 5 Q.L.R. 311 .....          | 781           |
| Castle des Monts Inc. v. Dame Segal .....  | [1966] Que. Q.B. 653 .....          | 459           |
| Castro, alias Orton v. The Queen .....   | (1881), 14 Cox C.C. 546 .....       | 648           |
| Caza v. Clercs Paroissiaux ou Catéchistes de St-Viateur et al. ....                        | (1935), 41 R. de J. 70 .....        | 483           |
| Centre Commercial Lévis Inc. v. Mlle Leclerc .....   | [1973] C.A. 837 .....               | 459           |
| Charlottetown v. Foundation Maritime Ltd. ....   | [1932] S.C.R. 589 .....             | 161           |
| Cité de Montréal v. Hénault .....  | (1919), 26 R.L. 270 .....           | 599           |
| Cité de Verdun v. Yeoman .....   | [1925] S.C.R. 177 .....             | 469           |
| Citizens Insurance Company v. Grand Trunk Railway Co. of<br>Canada .....                   | (1880), 25 Low. Can. Jur. 163 ..... | 168           |
| City of Hamilton v. Hamilton Harbour Commission .....                                      | [1972], 27 D.L.R. (3d) 385 .....    | 616           |
| City of Montreal v. Dame McIntyre .....  | [1948] Que. K.B. 412 .....          | 599           |
| City of Montreal v. Salaison Maisonneuve Ltée .....  | [1954] S.C.R. 117 .....             | 457           |
| City of Montreal v. Watt and Scott Limited .....   | [1922] 2 A.C. 555 .....             | 457           |
| City of Ottawa v. Munroe .....   | [1954] S.C.R. 756 .....             | 465, 473      |
| Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co., Ltd. ....                                   | [1919] S.C. (H.L.) 35 .....         | 26            |
| Cloutier v. The Queen .....  | [1979] 2 S.C.R. 709 .....           | 55            |
| Colpitts v. The Queen .....  | [1965] S.C.R. 739 .....             | 845, 855      |
| Compania Naviera Marapon S/A v. Bowaters Lloyd Pulp and<br>Paper Mills Ltd. ....           | [1955] 2 Q.B. 68 .....              | 681           |
| Conway v. Rimmer .....   | [1968] A.C. 910 .....               | 224           |
| Cooper v. Phibbs, Cooper, and Others .....   | (1867), L.R. 2 H.L. 149 .....       | 365           |
| Corporation of the County of Carleton v. Corporation of the City of<br>Ottawa .....        | [1965] S.C.R. 663 .....             | 368           |
| Cox and Paton v. The Queen .....   | [1963] S.C.R. 500 .....             | 319           |
| Crown Trust Co. v. Higher et al. ....  | [1977] 1 S.C.R. 418 .....           | 261           |
| Curley v. Latreille .....  | (1920), 60 S.C.R. 131 .....         | 457           |
| Curr v. The Queen .....  | [1972] S.C.R. 889 .....             | 230           |
| Curran v. Davis .....  | [1933] S.C.R. 283 .....             | 255           |
| CKOY Ltd. v. The Queen .....   | [1979] 1 S.C.R. 2 .....             | 545           |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE  | WHERE REPORTED<br>RENOI                                | PAGE          |
|---|--|---------------|
| <b>D</b>  |  |               |
| D. R. Fraser & Co. Ltd. v. M.N.R. ....                                      | [1949] A.C. 24 .....                                   | 38            |
| Darling v. Bricault .....   | (1924), 37 Que. K.B. 388 .....                         | 774           |
| Davies v. Director of Public Prosecutions .....                             | [1954] 1 All E.R. 507 .....                            | 820           |
| Davies v. Humphreys .....   | (1840), 6 M. & W. 152 .....                            | 1086          |
| Davis v. Kerr .....   | (1890), 17 S.C.R. 235 .....                            | 786           |
| Davis, Re .....   | (1909), 18 O.L.R. 384 .....                            | 97            |
| Dennis v. Codrington .....  | (1580), 21 E.R. 53 .....                               | 872           |
| Deputy Attorney General of Canada v. Brown .....                            | [1965] S.C.R. 84 .....                                 | 593           |
| Desrochers v. Perron .....  | (1930), 48 Que. K.B. 427 .....                         | 599           |
| Desrosiers v. The King .....  | (1920), 60 S.C.R. 105 .....                            | 469           |
| Di Zazzo v. Cité de Saint-Léonard .....                                     | [1976] C.A. 509 .....                                  | 596           |
| Diplock. (In re) Diplock v. Wintle (And Associated Actions) .....           | [1948] Ch. 465 (C.A.), aff'd. [1951]<br>A.C. 251 ..... | 376           |
| Director of Investigation and Research and Canada Safeway Ltd.,<br>Re ..... | (1972), 26 D.L.R. (3d) 745 .....                       | 884           |
| Director of Investigation and Research and Shell Canada Ltd., Re .....      | (1975), 22 C.C.C. (2d) 70 .....                        | 884           |
| Director of Public Prosecutions v. Boardman .....                           | [1975] A.C. 421 .....                                  | 830           |
| Director of Public Prosecutions v. Hester .....                             | [1972] 3 All E.R. 1056 .....                           | 818           |
| Director of Public Prosecutions v. Kilbourne .....                          | [1973] 1 All E.R. 440 .....                            | 819           |
| Director of Public Prosecutions v. Ping Lin .....                           | [1975] 3 All E.R. 175 .....                            | 557           |
| Dominion of Canada Investment and Debenture Co. Ltd. v. Gel-<br>horn .....  | [1917] 3 W.W.R. 231 .....                              | 1087          |
| Dominion Bank (The) v. The Union Bank of Canada .....                       | (1908), 40 S.C.R. 366 .....                            | 408           |
| Dorval v. Bouvier .....   | [1968] S.C.R. 288 .....                                | 470           |
| Dostaler v. Lalonde .....   | (1919), 29 Que. K.B. 195 .....                         | 599           |
| Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell .....                           | [1980] 1 S.C.R. 245 .....                              | 931           |
| Drapeau v. Gagné .....  | [1945] Que. K.B. 303 .....                             | 466           |
| Dressler v. Tallman Gravel & Sand Supply Ltd. ....                          | [1962] S.C.R. 564 .....                                | 328           |
| Drury v. Lambert .....  | (1939), 77 C.S. 504 .....                              | 483           |
| Dufresne v. Dixon .....   | (1889), 16 S.C.R. 596 .....                            | 993           |
| Duncan v. Cammell Laird & Co. ....  | [1942] A.C. 624 .....                                  | 224           |
| Dunlop and Sylvester v. The Queen .....                                     | [1979] 2 S.C.R. 881 .....                              | 848           |
| Dunn v. Malone .....  | (1903), 6 O.L.R. 484 .....                             | 214           |
| Dupont v. Inglis .....  | [1958] S.C.R. 535 .....                                | 95            |
| Dupont v. The Queen .....   | (1958), 123 C.C.C. 386 .....                           | 528           |
| <b>E</b>  |  |               |
| Eadie v. The Corporation of the Township of Brantford .....                 | [1967] S.C.R. 573 .....                                | 370, 407      |
| Earl Beauchamp v. Winn .....  | (1873), L.R. 6 E. & I. App. 223 .....                  | 374           |
| Eaton v. Moore .....  | [1951] S.C.R. 470 .....                                | 468           |
| Edwards v. Attorney-General of Canada .....                                 | [1930] A.C. 124 .....                                  | 1043          |
| Eldon Industries Inc. et al. v. Reliable Toy Co. Ltd. et al. ....           | [1966] 1 O.R. 409 .....                                | 505           |
| Electric Chain Company of Canada Ltd. v. Art Metal Works Inc. ....          | [1933] S.C.R. 581 .....                                | 912           |
| Elliott v. The Queen .....  | [1978] 2 S.C.R. 393 .....                              | 490, 493, 528 |
| Equipements Rocbec Inc. et al. v. Minister of National Revenue .....        | [1980] C.S. 1089 .....                                 | 600           |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE                               | WHERE REPORTED<br>RENOI  | PAGE |
|--|--------------------------|------|
| Equitable Life Assurance Society of the United States v. Reed..... | [1914] A.C. 587.....     | 214  |
| Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon.....                             | [1976] 2 All E.R. 5..... | 969  |
| Estate of the late Thomas Fyshe v. Fyshe.....                      | [1977] C.S. 165.....     | 256  |
| Estate of Charles Millar, Deceased, Re.....                        | [1938] S.C.R. 1.....     | 214  |

## F

|   |  |     |
|---|--|-----|
| Farmer v. Arundel.....  | (1772), 2 Black W. 824; 96 E.R. 485..... | 366 |
| Fender v. Mildmay.....  | [1937] 3 All E.R. 402.....               | 214 |
| Fisher v. Ouimet.....   | (1937), 75 C.S. 340.....                 | 459 |
| Flake Board Co. v. Ciba-Geigy Corp.....   | (1974), 15 C.P.R. (2d) 33.....           | 916 |
| Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile v.<br>Langlois..... | [1974] C.A. 535.....                     | 596 |
| Franklin Enterprises Ltd. v. Province of Nova Scotia.....                       | (1981), 45 N.S.R. (2d) 604.....          | 160 |

## G

|   |                                 |      |
|---|---------------------------------|------|
| Gagnon v. Commission des Valeurs Mobilières du Québec et al. ....   | [1965] S.C.R. 73.....           | 226  |
| Gardner v. Brooke and Others.....   | [1897] II I.R. 6.....           | 1086 |
| Gathercole v. Smith.....  | (1881), 17 Ch. D. 1.....        | 1000 |
| Gauthier v. The King.....   | [1931] S.C.R. 416.....          | 23   |
| Gazette Printing Co. v. Shallow.....  | (1909), 41 S.C.R. 339.....      | 185  |
| George (Porky) Jacobs Enterprises Ltd. v. City of Regina.....   | [1964] S.C.R. 326.....          | 365  |
| Gervais v. Charbonneau et Rousseau.....   | (1910), 38 C.S. 330.....        | 781  |
| Girard v. City of Montreal.....   | [1962] C.S. 361.....            | 467  |
| Glass Bottle Blowers' Association of the United States and Canada<br>v. Dominion Glass Company Limited..... | [1943] O.W.N. 652.....          | 517  |
| Goodman v. Rompkey et al.....   | [1982] 1 S.C.R. 589.....        | 605  |
| Government of Australia v. Harrod.....  | [1975] 1 W.L.R. (U.K.) 745..... | 336  |
| Gralewicz et al. v. The Queen.....  | [1980] 2 S.C.R. 493.....        | 577  |
| Green v. Portsmouth Stadium, Ltd.....   | [1953] 2 All E.R. 102.....      | 392  |
| Greenshields et al. v. The Queen.....   | [1958] S.C.R. 216.....          | 261  |
| Gregory v. The Queen.....   | (1850), 15 Q.B. 974.....        | 646  |
| Groulx v. Bricault.....   | (1921), 63 S.C.R. 32.....       | 770  |
| Guaranty Trust Co. of New York v. The King.....   | [1948] S.C.R. 183.....          | 271  |
| Guimond v. Modzelewski.....   | J.E. 79-166.....                | 461  |

## H

|  |                          |     |
|--|--------------------------|-----|
| Hallé v. Canadian Indemnity Company.....       | [1937] S.C.R. 368.....   | 470 |
| Hamel v. Chartré.....                          | [1976] 2 S.C.R. 680..... | 468 |
| Hamel v. Hamel.....                            | [1958] C.S. 304.....     | 461 |
| Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.....     | [1963] S.C.R. 154.....   | 169 |
| Harris v. Director of Public Prosecutions..... | [1952] A.C. 694.....     | 954 |
| Harse v. Pearl Life Assurance Company.....     | [1904] 1 K.B. 558.....   | 410 |
| Harwood v. Moncel.....                         | (1923), 61 C.S. 497..... | 255 |
| Hastelov v. Jackson.....                       | (1828), 8 B.&C. 221..... | 393 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE  | WHERE REPORTED<br>RENOI                               | PAGE     |
|---|---|----------|
| Hawrish v. Bank of Montreal .....   | [1969] S.C.R. 515 .....                               | 967      |
| Heap v. Hartley .....   | (1889), 42 Ch.D. 461 .....                            | 912      |
| Heather's House of Fashion Inc., Re .....   | (1977), 23 C.B.R. (N.S.) 161 .....                    | 571      |
| Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd. ....  | [1964] A.C. 465; [1963] 2 All E.R. 575 .....          | 970      |
| Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton .....  | [1913] A.C. 30 .....                                  | 959      |
| Her Majesty in right of the Province of Alberta v. Canadian Transport Commission .....          | [1978] 1 S.C.R. 61 .....                              | 225      |
| Héroux v. Banque Royale du Canada v. St-Germain; Nicholson .....                                | [1942] S.C.R. 1 .....                                 | 993      |
| Hobart et al. v. R. ....  | (1982), 25 C.R. (3d) 214 .....                        | 945      |
| Hodge v. The Queen .....  | (1883), 9 App. Cas. 117 .....                         | 1074     |
| Hodgson v. Greyhound Lines, Inc. ....   | 499 F.2d 859 (1974) .....                             | 213      |
| Hogaboom v. Lunt .....  | (1892), 14 P.R. 480 .....                             | 632      |
| Holt v. Markham .....   | [1923] 1 K.B. 504 .....                               | 374      |
| Hood v. Hood .....  | [1972] S.C.R. 244 .....                               | 470      |
| Horvath v. The Queen .....  | [1979] 2 S.C.R. 376 .....                             | 557      |
| Hôtel Montcalm Inc. v. Lamberston .....   | [1965] Que. Q.B. 79 .....                             | 467      |
| Hurst v. Evans .....  | [1917] K.B. 352 .....                                 | 167      |
| Hyde v. Mount .....   | (1905), 28 C.S. 385 .....                             | 806      |
| Hyman v. Hyman .....  | [1929] A.C. 601 .....                                 | 103      |
| <b>I</b>  |   |          |
| Indermaur v. Dames .....  | (1866) L.R. 1 C.P. 274; (1866)<br>14 L.T.R. 484 ..... | 468      |
| Inland Revenue Commissioners v. Rossminster Ltd. ....   | [1980] 2 W.L.R. 1 .....                               | 180, 200 |
| Itter v. Howe .....   | (1896), 23 O.A.R. 256 .....                           | 517      |
| <b>J</b>  |   |          |
| J. & E. Hall, Ltd. v. Barclay .....   | [1937] 3 All E.R. 620 .....                           | 748      |
| J. B. Williams Company v. H. Bronnley & Co. Ltd. ....   | (1909), 26 R.P.C. 765 .....                           | 502      |
| Jackson v. Jackson .....  | [1973] S.C.R. 205 .....                               | 694      |
| Jacmain v. Attorney General of Canada .....   | [1978] 2 S.C.R. 15 .....                              | 716      |
| Jalbert v. Cité de Sherbrooke .....   | [1962] S.C.R. 94 .....                                | 457      |
| Johannesson et al. v. Rural Municipality of West St. Paul et al. ....                           | [1952] 1 S.C.R. 292 .....                             | 1043     |
| John Haig and Company Limited v. Forth Blending Company Limited and W.R. Paterson Limited ..... | (1953), 70 R.P.C. 259 .....                           | 503      |
| Johnny Walker .....   | (1922), 64 S.C.R. 377, aff'd [1924]<br>A.C. 22 .....  | 1026     |
| <b>K</b>  |   |          |
| Kellond v. Reed .....   | (1874), 18 L.C.J. 309 .....                           | 805      |
| Kelly v. Solari .....   | (1841), 9 M.&W. 54 .....                              | 390      |
| Kienapple v. The Queen .....  | [1975] 1 S.C.R. 729 .....                             | 305      |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE                               | WHERE REPORTED<br>RENOI     | PAGE     |
|--|-----------------------------|----------|
| Kipp v. Attorney-General for Ontario .....                         | [1965] S.C.R. 57 .....      | 328      |
| Kiriri Cotton Co. Ltd. v. Dewani .....                             | [1960] A.C. 192 .....       | 367, 390 |
| Kirsch et al. v. The Queen .....                                   | [1981] 1 S.C.R. 440 .....   | 819      |
| Knutson v. The Bourkes Syndicate and Others .....                  | [1941] S.C.R. 419 .....     | 409      |
| Kris Cruisers, Limited, In re .....                                | [1949] Ch. 138 .....        | 565      |
| Kullberg's Furniture Limited v. Flin Flon Hotel Company Limited .. | (1958), 26 W.W.R. 721 ..... | 748      |

## L

|  |   |          |
|--|---|----------|
| Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works,<br>Ltd. .... | [1949] A.C. 134 .....                   | 68, 95   |
| Lafleur v. Donegani .....  | (1849), 12 R.J.R.Q. 70 .....            | 781      |
| Laliberté v. Larue .....   | [1931] S.C.R. 7 .....                   | 261      |
| Lamarche v. Bourbeau .....   | (1921), 27 R. de J. 481 .....           | 781      |
| Langton and Others v. Hughes and Another .....                               | (1813), 1 M.&S. 593; 105 E.R. 222 ..... | 361, 404 |
| Lansdown v. Lansdown .....   | (1730), Mos. 364 .....                  | 361      |
| Larivée v. Canadian Technical Tape Limited .....                             | [1966] Que. Q.B. 700 .....              | 467      |
| Larner v. London County Council .....  | [1949] 2 K.B. 683 .....                 | 371, 375 |
| Latulippe v. Grenier .....   | (1898), 13 C.S. 157 .....               | 781      |
| Laverdure v. Du Tremblay .....   | [1937] A.C. 666 .....                   | 261      |
| Lavoie v. Shatsky .....  | (1940), 68 Que. K.B. 514 .....          | 459      |
| Leblanc v. The Queen .....   | [1982] 1 S.C.R. 344 .....               | 345      |
| Lefebvre v. Goyette .....  | (1892), 2 C.S. 203 .....                | 776      |
| Legault v. Carignan, Sub nom .....   | [1964] S.C.R. vi .....                  | 782      |
| Lessard v. Paquin et al. ....  | [1975] 1 S.C.R. 665 .....               | 476      |
| Leverson v. The Queen .....  | (1869) L.R. 4 Q.B. 394 .....            | 646, 656 |
| Lévesque v. Benoit .....   | [1952] Que. K.B. 430 .....              | 599      |
| Leznek v. City of Verdun .....   | [1940] S.C.R. 313 .....                 | 460, 481 |
| Lighthall v. Graig, .....  | (1884) M.L.R. 1 Q.B. 275 .....          | 781      |
| Little v. Reaycraft .....  | (1917), 24 R.L. n.s. 8 .....            | 781      |
| Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd. ....                  | (1980), 1 C.H.R.R. 1 .....              | 213      |
| Lizotte v. The King .....  | [1951] S.C.R. 115 .....                 | 842, 856 |
| Lloyds Bank Ltd. v. Bundy .....  | [1974] 3 All E.R. 757 .....             | 739      |
| Lowry and Another v. Bourdieu .....  | (1780), 2 Doug. 468; 99 E.R. 299 .....  | 400      |
| Lumley v. Wagner .....   | (1852) 1 de G.M. & G. 604 .....         | 680      |

## M

|   |                             |          |
|---|-----------------------------|----------|
| M.N.R. v. Paroian, Courey, Cohen & Houston, In re ..... | 80 D.T.C. 6077 .....        | 600      |
| MacDonald et al. v. Vapor Canada Ltd. ....              | [1977] 2 S.C.R. 134 .....   | 501      |
| MacDonald v. The Queen .....                            | [1977] 2 S.C.R. 665 .....   | 14       |
| Magee v. Pennine Insurance Co. Ltd. ....                | [1969] 2 Q.B. 507 .....     | 743      |
| Makin v. Attorney General for New South Wales .....     | [1894] A.C. 57 .....        | 846, 952 |
| Mann v. The Queen .....                                 | [1966] S.C.R. 238 .....     | 1074     |
| Maskell v. Horner .....                                 | [1915] 3 K.B. 106 .....     | 408      |
| Massey v. Sladen .....                                  | (1868), L.R. 4 Ex. 13 ..... | 746      |
| Masson v. Masson .....                                  | (1912), 47 S.C.R. 42 .....  | 257      |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE   | WHERE REPORTED<br>RENOI                            | PAGE     |
|--|--|----------|
| Mayor, Constables and Company of Merchants of the Staple of England, (The) v. The Governor and Company of the Bank of England..... | (1887), 21 Q.B.D. 160.....                         | 517      |
| McFall v. The Queen.....   | [1980] 1 S.C.R. 321.....                           | 842, 855 |
| McGregor v. Canada Investment and Agency Co.....   | (1890) M.L.R. 6 S.C. 196.....                      | 768      |
| McLeod v. Egan.....  | [1975] 1 S.C.R. 517.....                           | 930      |
| McLeod v. Waterman.....  | (1903), 9 B.C.R. 370.....                          | 631      |
| McPherson v. McPherson.....  | [1936] A.C. 177.....                               | 185, 197 |
| McQueen, McQueen v. McMillan, Re.....  | (1876), 23 Grant 191.....                          | 85       |
| Medical Ancillary Services et al. v. Sperry Rand Corporation.....  | (1979), 23 O.R. (2d) 406.....                      | 422      |
| Meek v. Enright.....   | (1977), 5 B.C.L.R. 11.....                         | 695      |
| Mehr v. Law Society of Upper Canada.....   | [1955] S.C.R. 344.....                             | 547      |
| Meloche v. Simpson.....  | (1899), 29 S.C.R. 375.....                         | 770      |
| Ménard v. Roy.....   | (1921), 32 Que. K.B. 350.....                      | 781      |
| Mersey Docks and Harbour Board v. Procter.....   | [1923] A.C. 253.....                               | 466      |
| Méthé v. Gervais.....  | (1924), 38 Que. K.B. 28.....                       | 781      |
| Métivier v. Cadorette.....   | [1977] 1 S.C.R. 371.....                           | 476      |
| Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796.....                                      | [1970] S.C.R. 425.....                             | 716      |
| Miles v. New Zealand Alford Estate Company.....  | (1886), 32 Ch.D. 266.....                          | 743      |
| Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand.....   | [1979] 1 S.C.R. 495.....                           | 592      |
| Minter v. Priest.....  | [1930] A.C. 558.....                               | 877      |
| Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal.....  | (1979), 25 O.R. (2d) 198.....                      | 747      |
| Mongeau v. Sylvestre.....  | [1944] C.S. 276.....                               | 459      |
| Moore v. Shelley and Another.....  | (1883), 8 A.C. 285.....                            | 747      |
| Morin v. Mercier.....  | (1899), 16 C.S. 35.....                            | 781      |
| Morin v. Néron.....  | [1945] Que. K.B. 625.....                          | 483      |
| Morin v. Vallée.....   | (1939), 68 Que. K.B. 194.....                      | 775      |
| Moses v. Macferlan.....  | (1760), 2 Burr. 1005; 97 E.R. 676.....             | 402      |
| Municipality of the City and County of St. John et al. (The) v. Fraser-Brace Overseas Corporation, et al.....                      | [1958] S.C.R. 263.....                             | 409      |
| Murphy and Butt v. The Queen.....  | [1977] 2 S.C.R. 603.....                           | 819      |
| <b>N</b>   |  |          |
| N.B. Finance Minister v. Simpsons-Sears.....   | [1982] 1 S.C.R. 144.....                           | 1027     |
| New York v. United States.....   | [1945], 326 U.S. 572.....                          | 1080     |
| Nixon v. Warner Communications, Inc.....   | (1978), 98 S. Ct. 1306.....                        | 182      |
| No. 199 v. Minister of National Revenue.....   | 54 D.T.C. 488.....                                 | 265      |
| Normandin v. Les Religieuses Carmélites d'Hochelaga.....   | (1883), 3 D.C.A. 329.....                          | 780      |
| <b>O</b>   |  |          |
| O. Martineau and Sons, Ltd. v. City of Montreal.....   | [1932] A.C. 113.....                               | 93       |
| O'Grady v. Sparling.....   | [1960] S.C.R. 804.....                             | 1074     |
| O'Meara v. Bennett.....  | [1922] 1 A.C. 80.....                              | 261      |
| Ontario Human Rights Commission and City of North Bay, Re.....   | (1977), 17 O.R. (2d) 712;<br>21 O.R. (2d) 607..... | 204      |
| Ouellet v. Rochette.....   | (1883), 9 Q.L.R. 289.....                          | 781      |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE                                | WHERE REPORTED<br>RENVOI                                 | PAGE       |
|---|--|------------|
| Outen v. Stewart and Grant and City of Winnipeg.....                | [1932] 3 W.W.R. 193.....                                 | 214        |
| <b>P</b>  |  |            |
| Pacific Press Ltd. and The Queen et al., Re.....                    | (1977), 37 C.C.C. (2d) 487.....                          | 889        |
| Panthalu v. Ramnord Research Laboratories, Ltd.....                 | [1965] 2 All E.R. 921.....                               | 427        |
| Paquette v. The Queen.....  | [1977] 2 S.C.R. 189.....                                 | 288        |
| Park v. The Queen.....  | [1981] 2 S.C.R. 64.....                                  | 48         |
| Parke, Davis & Company v. Empire Laboratories Limited.....          | [1964] S.C.R. 351.....                                   | 503        |
| Patterson v. Campbell.....  | (1910), 44 N.S.R. 214.....                               | 1087       |
| Patton v. Morin.....  | (1865), 16 L.C.R. 267.....                               | 993        |
| Pauling's Settlement Trusts. Younghusband v. Coutts & Co., Re.....  | [1961] 3 All E.R. 713, aff'd. [1964]<br>1 Ch. 303.....   | 379<br>781 |
| Payette v. Baird.....   | (1940), 78 C.S. 371.....                                 | 781        |
| Pearson v. The Queen.....   | [1959] S.C.R. 369.....                                   | 850        |
| Pelletier v. Shykofsky.....   | [1957] S.C.R. 635.....                                   | 470        |
| Penn-Texas Corporation v. Anstalt and Others (No. 1).....           | [1963] 1 All E.R. 258.....                               | 425        |
| Penn-Texas Corporation v. Murat Anstalt and Others (No. 2).....     | [1964] 2 All E.R. 594.....                               | 421        |
| Perron v. Provost.....  | [1959] Que. Q.B. 531.....                                | 467        |
| Perrott and Others v. Perrott.....                                  | (1811), 14 East 423; 104 E.R. 665.....                   | 358        |
| Pesant v. Pesant.....   | [1934] S.C.R. 249.....                                   | 279        |
| Pic-N-Save Limited, Re.....   | (1973), 19 C.B.R. (N.S.) 42.....                         | 571        |
| Polglase v. Polglase et al.....                                     | [1980] 2 W.W.R. 393, (1979),<br>106 D.L.R. (3d) 601..... | 66<br>342  |
| Port Arthur Shipbuilding Company v. Arthurs.....                    | [1969] S.C.R. 85.....                                    | 342        |
| Post Office v. Estuary Radio Ltd.....                               | [1968] 2 Q.B. 740.....                                   | 1099       |
| Poulet v. Hébert.....   | [1950] C.S. 315.....                                     | 461        |
| Prata v. Minister of Manpower and Immigration.....                  | [1976] 1 S.C.R. 376.....                                 | 229        |
| Presswood and Delzotto, Re.....                                     | (1975), 36 C.R.N.S. 322.....                             | 884        |
| Primeau v. The Queen.....   | (1962), 42 C.R. 228.....                                 | 629        |
| Public Prosecutor v. Yuvaraj.....                                   | [1970] 2 W.L.R. 226.....                                 | 236        |
| <b>Q</b>  |  |            |
| Québec Railway, Light, Heat and Power Company v. Vandry.....        | [1920] A.C. 662.....                                     | 457        |
| <b>R</b>  |  |            |
| R. v. Appleby.....  | [1972] S.C.R. 303.....                                   | 236, 247   |
| R. v. Baron and Wertman.....  | (1976), 31 C.C.C. (2d) 525.....                          | 948        |
| R. v. Baskerville.....  | [1916] 2 K.B. 658.....                                   | 813        |
| R. v. Board of Broadcast Governors and the Minister of Transport... | (1962), 33 D.L.R. (2d) 449.....                          | 550        |
| R. v. Bombardier.....   | (1905), 11 C.C.C. 216.....                               | 630        |
| R. v. Bullyment.....  | (1979), 40 C.C.C. (2d) 429.....                          | 833        |
| R. v. Burnshine.....  | [1975] 1 S.C.R. 693.....                                 | 230        |
| R. v. Caledonian Collieries, Limited.....                           | [1928] A.C. 358.....                                     | 161        |
| R. v. Caswell.....  | (1873), 33 U.C.Q.B. 303.....                             | 630        |
| R. v. Colvin, Ex parte Merrick et al.....                           | (1970), 1 C.C.C. (2d) 8.....                             | 884        |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE                      | WHERE REPORTED<br>RENOI                 | PAGE          |
|---|---|---------------|
| R. v. Côté.....   | [1978] 1 S.C.R. 8.....                  | 584           |
| R. v. Cox and Railton.....                                | (1884), 14 Q.B.D. 153.....              | 881           |
| R. v. Cutbush.....  | (1867), 10 Cox C.C. 489.....            | 643           |
| R. v. Davison, DeRosie and MacArthur.....                 | (1974), 20 C.C.C. (2d) 424.....         | 840           |
| R. v. Décary.....   | [1942] S.C.R. 80.....                   | 850           |
| R. v. Demeter.....  | (1975), 10 O.R. (2d) 321.....           | 32            |
| R. v. Desrosiers.....                                     | (1978), 47 C.C.C. (2d) 253.....         | 293           |
| R. v. Eby.....  | (1979), 49 C.C.C. (2d) 27.....          | 292, 309      |
| R. v. Elliott.....  | [1970] 3 C.C.C. 233.....                | 528           |
| R. v. Falconer and Mann.....                              | [1970] 4 C.C.C. 362.....                | 291           |
| R. v. Farler.....   | (1837), 8 Car. & P. 106.....            | 821           |
| R. v. Fisher.....   | (1811), 2 Camp. 563, 170 E.R. 1253..... | 198           |
| R. v. Giguère.....  | (1963), 41 C.R. 308.....                | 586           |
| R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Kirby..... | [1979] 2 All E.R. 1094.....             | 336           |
| R. v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Singh..... | [1981] 3 All E.R. 23.....               | 327           |
| R. v. Hauser.....   | [1979] 1 S.C.R. 984.....                | 1043          |
| R. v. Hurren.....   | [1962] Crim. L.R. 770.....              | 953           |
| R. v. Johnston.....                                       | (1908), 13 C.C.C. 179.....              | 630           |
| R. v. Justices of Middlesex.....                          | (1877), 2 Q.B.D. 516.....               | 587           |
| R. v. Justices of Sussex.....                             | (1864), 4 B. & S. 966.....              | 630           |
| R. v. Kelso.....  | (1953), 105 C.C.C. 305.....             | 825           |
| R. v. Kerr et al.....                                     | (1922), 53 O.L.R. 228.....              | 527           |
| R. v. Killam.....   | (1973), 12 C.C.C. (2d) 114.....         | 902           |
| R. v. Korman.....   | (1923), 49 C.C.C. 405.....              | 630           |
| R. v. Labrie et Malépart.....                             | (1920), 31 Que. K.B. 47.....            | 599           |
| R. v. Langevin.....                                       | (1979), 47 C.C.C. (2d) 138.....         | 286, 309      |
| R. v. Littlechild.....                                    | (1979), 51 C.C.C. (2d) 406.....         | 878           |
| R. v. Marsham.....  | [1892] 1 Q.B. 371.....                  | 328           |
| R. v. Matheson.....                                       | (1979), 13 C.R. (3d) 62.....            | 52            |
| R. v. Matheson.....                                       | (1979), 50 C.C.C. (2d) 92.....          | 292, 309      |
| R. v. McDonald.....                                       | (1958), 120 C.C.C. 209.....             | 55            |
| R. v. McNab.....  | (1945), 83 C.C.C. 176.....              | 586           |
| R. v. McNamara et al.....                                 | (1981), 56 C.C.C. (2d) 193.....         | 819           |
| R. v. McPhee; R. v. Mullen.....                           | (1975), 30 C.R.N.S. 4.....              | 241, 242, 247 |
| R. v. Muisse (No. 3).....                                 | (1975), 23 C.C.C. (2d) 440.....         | 626           |
| R. v. Mullins.....  | (1848), 3 Cox C.C. 526.....             | 822           |
| R. v. N.....  | [1980] 1 W.W.R. 68.....                 | 328           |
| R. v. Nicholson.....                                      | [1980] 5 W.W.R. 115.....                | 309           |
| R. v. Oakes.....  | (1977), 37 C.C.C. (2d) 84.....          | 665           |
| R. v. O'Brien.....  | [1978] 1 S.C.R. 591.....                | 31            |
| R. v. Orton, alias Castro.....                            | (1880), 14 Cox C.C. 436.....            | 646           |
| R. v. Pearson.....  | (1979), 11 C.R. (3d) 313.....           | 626           |
| R. v. Pineault; R. v. Bérubé.....                         | (1979), 12 C.R. (3d) 129.....           | 293, 309      |
| R. v. Precourt.....                                       | (1976), 39 C.C.C. (2d) 311.....         | 557           |
| R. v. Price.....  | (1978), 40 C.C.C. (2d) 378.....         | 246           |
| R. v. Proudlock.....                                      | [1979] 1 S.C.R. 525.....                | 942           |
| R. v. Quon.....   | [1948] S.C.R. 508.....                  | 287, 309      |
| R. v. Reddick.....  | (1974), 9 N.S.R. (2d) 425.....          | 626           |
| R. v. Roma.....   | [1942] 3 W.W.R. 525.....                | 214           |
| R. v. Sharpe.....   | (1961), 131 C.C.C. 75.....              | 55            |



| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE  | WHERE REPORTED<br>RENOI  | PAGE      |
|---|--|-----------|
| R. v. Sheets .....  | [1971] S.C.R. 614.....   | 588       |
| R. v. Solloway Mills & Co. ....   | [1930] 3 D.L.R. 293 .....  | 181       |
| R. v. Sylvain .....   | (1974), 17 C.C.C. (2d) 323.....                                  | 55        |
| R. v. The Justices of Sussex .....  | (1864), 4 B. & S. 966 .....                                      | 630       |
| R. v. Tremblay et al. ....  | (1961), 40 C.R. 382.....   | 586       |
| R. v. Tronson .....   | [1932] 1 W.W.R. 537.....   | 631       |
| R. v. Uvery .....   | [1969] 2 C.C.C. 305 .....  | 586       |
| R. v. Warner .....  | [1961] S.C.R. 144.....   | 26        |
| R. v. White .....   | (1979), 47 C.C.C. (2d) 353.....                                  | 241       |
| R. v. Wilkes .....  | (1770), 19 How. St. Tr. 1075,<br>4 Burr. 2527, 98 E.R. 327 ..... | 634       |
| R. v. Wright .....  | 8 T.R. 293 .....   | 185       |
| R. v. Young .....   | (1979), 21 Nfld. & P.E.I.R. 77 .....                             | 249       |
| Radio Corporation of America v. Rauland Corporation .....   | [1956] 1 All E.R. 260.....                                       | 422       |
| Reader's Digest Association (Canada) Ltd. et al. v. Attorney-Gen-<br>eral of Canada .....         | (1965), 59 D.L.R. (2d) 54 .....                                  | 1040      |
| Realty Renovations Ltd. v. Attorney-General for Alberta et al. ....                               | (1978), 44 C.C.C. (2d) 249.....                                  | 181       |
| Reference re the Magistrate's Court of Quebec .....   | [1965] S.C.R. 772 .....  | 70        |
| Reference re Agricultural Products Marketing Act .....  | [1978] 2 S.C.R. 1198 .....                                       | 830       |
| Reference re The Adoption Act .....   | [1938] S.C.R. 398 .....  | 71, 93    |
| Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act,<br>R.S.C. 1970, S. A-7 et al. ....  | [1978] 2 S.C.R. 1198 .....                                       | 1070      |
| Reford v. National Trust Company .....  | [1968] Que. Q.B. 689 .....                                       | 257       |
| Residential Tenancies Act, 1979, Re .....   | [1981] 1 S.C.R. 714 .....  | 106, 1048 |
| Richardson Ex parte The Governors of St. Thomas's Hospital, In re<br>Riel v. Murren Co. Ltd. .... | [1911] 2 K.B. 705 .....  | 1086      |
| Rimmer v. Hannan .....  | [1971] C.A. 367 .....  | 468       |
| Risby, Ex parte .....   | (1921), 60 D.L.R. 637 .....                                      | 110       |
| Ritchot v. Cardinal .....   | (1975), 24 C.C.C. (2d) 211.....                                  | 624       |
| Roberge v. Bergeron .....   | (1893), 3 Que. Q.B. 55.....                                      | 805       |
| Robert Addie and Sons (Collieries) Ltd. v. Dumbreck .....   | (1939), 69 Que. K.B. 532.....                                    | 775       |
| Roche Products Ltd. v. Berk Pharmaceuticals Ltd. ....   | [1929] A.C. 358 .....  | 468       |
| Roddy v. Atkinson .....   | [1973] R.P.C. 473 .....  | 502       |
| Roncarelli v. Duplessis .....   | [1949] 1 W.W.R. 927.....   | 1089      |
| Rose v. La Reine .....  | [1959] S.C.R. 121 .....  | 615       |
| Rose v. Pinsonneault .....  | [1972] C.A. 823 .....  | 599       |
| Rothman v. The Queen .....  | (1927), 65 C.S. 287 .....  | 781       |
| Rourke v. The Queen .....   | [1981] 1 S.C.R. 640 .....  | 557       |
| Rousseau v. Bennett .....   | [1978] S.C.R. 1021.....  | 328       |
| Royal Bank of Canada v. Cal Glass Ltd. and Coopers & Lybrand<br>Limited .....                     | [1956] S.C.R. 89 .....   | 476       |
| Royal Craft Products Ltd. and Coulson v. The Queen .....  | (1979), 18 B.C.L.R. 55 .....                                     | 747       |
| Rozon v. The King .....   | 80 D.T.C. 6143 .....   | 600       |
| Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd. ....                                   | [1951] S.C.R. 248 .....  | 850       |
| Russell v. The Queen .....  | [1976] 2 S.C.R. 147 .....  | 372, 407  |
|   | (1882), 7 App. Cas. 829 .....                                    | 1043      |
| <b>S</b>  |  |           |
| Samson v. Samson .....  | (1896), 9 C.S. 386.....  | 781       |
| Saxon Life Assurance Society (Re) .....   | (1862), 2 J. & H. 408; 70 E.R. 1117 .....                        | 362       |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE   | WHERE REPORTED<br>RENOI                             | PAGE     |
|--|---|----------|
| Schmidt v. The King.....   | [1945] S.C.R. 438.....                              | 845      |
| Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd. et al. ....  | [1980] 2 S.C.R. 78.....                             | 476      |
| Scott v. Scott.....  | [1913] A.C. 417.....                                | 185, 197 |
| Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin<br>District Staff Nurses Association..... | [1975] 1 S.C.R. 382.....                            | 716      |
| Services de santé—7,.....  | [1976] C.A.S. 460.....                              | 985      |
| Sharp v. Wakefield.....  | [1891] A.C. 173.....                                | 615      |
| Shindler v. Northern Raincoat Co. Ltd. ....  | [1960] 1 W.L.R. 1038.....                           | 682      |
| Small Debts Act, In re.....  | (1896), 5 B.C.R. 246.....                           | 78       |
| Smith v. Bromley.....  | (1760), 2 Doug. 696; 99 E.R. 441.....               | 400      |
| Smith v. Smith and Smedman.....  | [1952] 2 S.C.R. 312.....                            | 169      |
| Snowdon, In re.....  | (1881), 17 Ch. D. 44.....                           | 1086     |
| Solle v. Butcher.....  | [1950] 1 K.B. 671.....                              | 365      |
| Solosky v. The Queen.....  | [1980] 1 S.C.R. 821.....                            | 870      |
| Spun Rock Wools Ltd. v. Fiberglas Canada Ltd. ....   | [1943] S.C.R. 547; [1947] A.C. 313.....             | 913      |
| St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King.....  | [1950] S.C.R. 211.....                              | 520      |
| St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen.....   | (1888), 14 App. Cas. 46.....                        | 1050     |
| St. Paul & Marine Ins. Co. v. Pure Oil Co. ....  | 63 F.2d 771.....                                    | 369      |
| Stannard, Re.....  | (1858), 1 Chan. Chamb. 15.....                      | 85       |
| Stather v. Bennett.....  | (1912), 22 Que. K.B. 290.....                       | 805      |
| Steel and The Queen, Re.....   | (1974), 21 C.C.C. (2d) 278.....                     | 884      |
| Stein v. The King.....   | [1928] S.C.R. 553.....                              | 848      |
| Stirling and Burdett.....  | [1911] 2 Ch. 418.....                               | 1086     |
| Superannuation Fund Investment Trust v. Commissioner of Stamps.....  | (1979), 26 ALR 99; (SA), (1980),<br>31 ALR 327..... | 1038     |
| Sussex Peerage (The).....  | (1844), 11 cl. and Fin. 85, 8 E. R. 1034.....       | 31       |
| Syndicat des employés de transport Dumont (CSN) v. Nap.<br>Dumont Ltée.....                                | [1978] C.A. 530.....                                | 597      |

## T

|  |  |      |
|--|--|------|
| Taylor v. Royal Trust Company.....                               | (1936), 74 C.S. 180.....                 | 274  |
| Teper v. The Queen.....  | [1952] A.C. 480.....                     | 31   |
| Thomassett v. Thomassett.....                                    | [1894] P. 295.....                       | 85   |
| Thompson v. The King.....  | [1918] A.C. 221.....                     | 955  |
| Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia).....               | [1977] 1 S.C.R. 112.....                 | 68   |
| Toms v. Wilson and Another.....                                  | (1863), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524..... | 746  |
| Toronto Corporation v. York Corporation.....                     | [1938] A.C. 415.....                     | 69   |
| Toronto Electric Commissioners v. Snider.....                    | [1925] A.C. 396.....                     | 1042 |
| Trial of William Davidson and Richard Tidd for High Treason..... | (1820), 33 How. St. Tr. 1338.....        | 823  |
| Triskow and Children's Protection Act, Re.....                   | (1918), 43 D.L.R. 452.....               | 85   |
| Tucker v. Bennett.....   | (1927), 60 O.L.R. 118.....               | 1087 |
| Tucker v. Royal Trust Co. ....                                   | [1976] C.S. 895.....                     | 255  |

## U

|   |                           |     |
|---|---------------------------|-----|
| Union professionnelle des éducateurs de Chicoutimi v. Commission<br>des écoles catholiques de Chicoutimi..... | [1964] Que. Q.B. 282..... | 599 |
| Union Maritime and General Insurance Co. v. Bodnorchuk et al.....   | [1958] S.C.R. 399.....    | 476 |

| NAME OF CASE<br>INTITULÉ DE LA CAUSE                                   | WHERE REPORTED<br>RENOI         | PAGE |
|--|---------------------------------|------|
| <b>V</b>   |                                 |      |
| Vancini, In re.....  | (1904), 34 S.C.R. 621 .....     | 76   |
| Vézina v. Lafortune .....  | (1918), 56 S.C.R. 246 .....     | 993  |
| Ville de Jacques-Cartier v. Lamarre .....                              | [1958] S.C.R. 108.....          | 593  |
| Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720 .....                           | [1980] 1 S.C.R. 178 .....       | 931  |
| Voyageur Provincial Inc. v. Guidolin .....                             | [1977] 2 S.C.R. 1112 .....      | 470  |
| <b>W</b>   |                                 |      |
| Walker v. Bowry and Another .....                                      | (1924), 35 C.L.R. 48 .....      | 1087 |
| Ward v. The Queen .....  | [1979] 2 S.C.R. 30.....         | 557  |
| Warkentin et al. v. The Queen .....                                    | [1977] 2 S.C.R. 355 .....       | 819  |
| Waters and Water-Powers, Re .....                                      | [1929] S.C.R. 200.....          | 1052 |
| Watt or Thomas v. Thomas .....   | [1947] A.C. 484 .....           | 476  |
| Welch v. The King.....   | [1950] S.C.R. 412.....          | 593  |
| White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor .....                     | [1962] A.C. 413 .....           | 683  |
| William Edge & Sons, Limited v. William Niccolls & Sons, Limited ..... | [1911] A.C. 693 .....           | 503  |
| Witchekan Lake Farms Ltd., Re.....                                     | (1974), 50 D.L.R. (3d) 314..... | 38   |
| Wolmerhausen v. Gullick .....  | [1893] 2 Ch. 514.....           | 1087 |
| <b>Y</b>   |                                 |      |
| Yeltatzie v. R. ....   | (1979), 12 C.R. (3d) 8.....     | 624  |
| Yukon Southern Air Transport Limited et al. v. The King .....          | [1942] Ex. C.R. 181 .....       | 748  |
| <b>Z</b>   |                                 |      |
| Zanini v. The Queen .....  | [1967] S.C.R. 715.....          | 308  |
| Zingre v. The Queen .....  | [1981] 2 S.C.R. 392 .....       | 421  |

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Robert James Carter** *Respondent*.

File No.: 16256.

1981: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

*Practice — Appeal adjourned — No factum filed — Respondent did not appear and was not represented by counsel — Appointment of an amicus curiae.*

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for New Brunswick (1980), 31 N.B.R. (2d) 371, 75 A.P.R. 371, dismissing a Crown appeal from an acquittal on a charge of conspiracy to import a narcotic contrary to s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*. Appeal adjourned<sup>1</sup>.

*D. J. A. Rutherford, Q.C.*, for the appellant.

The judgment of the Court was delivered orally by

RITCHIE J.—The respondent filed no factum, did not appear and was not represented by counsel.

Having regard to the fact that the respondent has been acquitted in two courts and the further fact that counsel for the Crown has acknowledged that this appeal raises some difficult questions of law, and has indicated his agreement with the suggestion that counsel be appointed by the Department of Justice to act as an *amicus curiae*, the Court is of opinion that this matter should be adjourned for the purpose of such counsel being appointed. When this has been done a date will be fixed for the hearing of the appeal.

*Appeal adjourned.*

*Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.*

<sup>1</sup> See [1982] 2 S.C.R. 938.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Robert James Carter** *Intimé*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 16256.

1981: 23 juin.

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

<sup>b</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

*Pratique — Pourvoi ajourné — Aucun mémoire n'a été déposé — L'intimé n'a pas comparu et ne s'est pas fait représenter par avocat — Nomination d'un amicus curiae.*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1980), 31 N.B.R. (2d) 371, 75 A.P.R. 371, qui a rejeté l'appel du ministre public contre un acquittement relatif à une accusation de complot en vue d'importer un stupéfiant contrairement à l'al. 423(1)d) du *Code criminel*. Pourvoi ajourné<sup>1</sup>.

*D. J. A. Rutherford, c.r.*, pour l'appelante.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>f</sup> LE JUGE RITCHIE—L'intimé n'a pas déposé de mémoire, n'a pas comparu et ne s'est pas fait représenter par avocat.

<sup>g</sup> Etant donné que deux cours ont déjà acquitté l'intimé, que le substitut du procureur général a reconnu que ce pourvoi soulève des questions de droit difficiles et qu'il a acquiescé à la proposition que le ministère de la Justice désigne un avocat qui agirait comme *amicus curiae*, la Cour est d'avis <sup>h</sup> que cette affaire doit être ajournée de manière à en permettre la nomination. Après quoi, une nouvelle date d'audience sera fixée.

*Pourvoi ajourné.*

*Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.*

<sup>1</sup> Voir [1982] 2 R.C.S. 938.

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Robert James Carter** *Respondent*.

File No.: 16256.

1982: January 27; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

*Criminal law — Conspiracy — Proof required to indicate accused's membership in a conspiracy before hearsay exception becomes applicable — Charge to jury — Criminal Code, s. 423(1)(d).*

*Criminal law — Evidence — Hearsay — Conspirators' exception — Proof required to indicate accused's membership in a conspiracy before hearsay exception becomes applicable.*

Respondent was acquitted of the charge of conspiring to import a narcotic even though there was evidence upon which the jury could have found him guilty. The Court of Appeal upheld this acquittal. This appeal is to determine if the trial judge properly instructed the jury on the standard of proof required to prove the membership of a party in a conspiracy in order to permit reliance upon the conspirators' exception to the hearsay rule.

*Held:* The appeal should be allowed and a new trial ordered.

In order to convict an accused upon a charge of conspiracy, the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt that (1) the conspiracy existed and (2) the accused was a member of it. In deciding the issue of membership, the hearsay exception may be relied upon only after direct evidence against the accused raises the probability of the accused's membership in the conspiracy. Here, the trial judge directed that proof beyond a reasonable doubt was required when conspiracy was at issue, but did not indicate that a lesser standard of proof could apply regarding the preliminary issue of membership in the conspiracy as it relates to the application of the hearsay exception. The jury, in effect, was left with the direction that the more onerous standard applied before the hearsay exception could be relied upon.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Robert James Carter** *Intimé*.

N° du greffe: 16256.

1982: 27 janvier; 1982: 23 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

*Droit criminel — Complot — Nécessité d'une preuve indiquant la participation de l'accusé à un complot pour que l'exception à la règle du ouï-dire puisse s'appliquer — Exposé au jury — Code criminel, art. 423(1)d.*

*Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Exception à l'égard des conspirateurs — Nécessité d'une preuve indiquant la participation de l'accusé à un complot pour que l'exception à la règle du ouï-dire puisse s'appliquer.*

L'intimé a été acquitté relativement à une accusation de complot en vue d'importer un stupéfiant malgré l'existence d'éléments de preuve sur lesquels le jury aurait pu fonder un verdict de culpabilité. La Cour d'appel a confirmé l'acquittement. La question en l'espèce est de savoir si le juge du procès a donné au jury des directives appropriées quant à la norme de preuve requise pour établir la participation d'une personne à un complot afin de pouvoir invoquer l'exception à la règle du ouï-dire à l'égard des conspirateurs.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Pour déclarer un accusé coupable de complot, le jury doit être convaincu hors de tout doute raisonnable (1) que le complot a eu lieu et (2) que l'accusé y a participé. En tranchant la question de la participation, l'exception à la règle du ouï-dire peut être invoquée seulement lorsqu'une preuve directe contre l'accusé établit la probabilité de sa participation au complot. En l'espèce, le juge du procès a dit au jury qu'une preuve hors de tout doute raisonnable était requise sur la question du complot, mais n'a pas indiqué qu'une norme de preuve moins sévère pouvait s'appliquer à la question préliminaire de la participation au complot dans la mesure où cette question se rapporte à l'application de l'exception à la règle du ouï-dire. Cela équivalait en fait à dire au jury qu'il faut satisfaire à la norme plus sévère pour que l'exception à la règle du ouï-dire puisse être invoquée.

*Hobart et al. v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 214; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525, approved; *Carbo v. United States*, 314 F. 2d 718 (1963), not followed; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for New Brunswick (1980), 31 N.B.R. (2d) 371, 75 A.P.R. 371, dismissing a Crown appeal from an acquittal on a charge of conspiring to import a narcotic contrary to s. 423(2)(d) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

S. R. Fainstein, for the appellant.

J. C. Letcher (*amicus curiae*), for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of what standard of proof is required on the issue of an accused's membership in a conspiracy before what is known as the "conspirators' exception" to the hearsay rule may be brought into play to make admissible against the accused the acts and declarations of his fellow-conspirators performed or made in pursuance of the conspiracy.

The respondent was tried along with one Gauvin before judge and jury on an indictment which provided:

ROBERT JAMES CARTER and FIDELE ARMAND GAUVIN stand charged that between the 1st day of August, A.D., 1978 and the 1st day of November, A.D., 1978, both dates inclusive, at or near Dieppe in the County of Westmorland and Province of New Brunswick they unlawfully did conspire together, the one with the other, and with Robert Hatto and Charles Allum of Roxbury in the state of Massachusetts, U.S.A., and with others unknown, to commit the indictable offence of importation into Canada of a narcotic, to wit: Cannabis (marihuana), contrary to section 5, subsection 1 of the Narcotic Control Act of Canada and amendments thereto, thereby committing an offence contrary to section 423(1)(d) of the Criminal Code of Canada and amendments thereto.

The Crown's theory was that the marihuana was to be imported into Canada from the United States. The respondent was to provide the neces-

Jurisprudence: arrêts approuvés: *Hobart et al. v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 214; *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525; arrêt non suivi: *Carbo v. United States*, 314 F. 2d 718 (1963); arrêt mentionné: *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1980), 31 N.B.R. (2d) 371, 75 A.P.R. 371, qui a rejeté l'appel du ministère public contre un acquittement relatif à une accusation de complot en vue d'importer un stupéfiant contrairement à l'al. 423(2)d) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

S.R. Fainstein, pour l'appelante.

J. C. Letcher (*amicus curiae*), pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève la question de savoir quelle norme de preuve est requise en matière de participation d'un accusé à un complot pour que puisse s'appliquer ce qui est connu comme «l'exception à l'égard des conspirateurs» à la règle de l'irrecevabilité du oui-dire, de manière à rendre recevable contre l'accusé ce qu'ont fait et dit ses coconspirateurs en vue de l'exécution du complot.

L'intimé a subi son procès avec un nommé Gauvin devant un juge et un jury relativement à un acte d'accusation ainsi rédigé:

[TRADUCTION] ROBERT JAMES CARTER et FIDÈLE ARMAND GAUVIN sont accusés d'avoir, entre le 1<sup>er</sup> août 1978 et le 1<sup>er</sup> novembre 1978 inclusivement, à Dieppe ou dans ses environs dans le comté de Westmorland (Nouveau-Brunswick), comploté ensemble et avec Robert Hatto et Charles Allum de Roxbury dans l'État du Massachusetts aux États-Unis d'Amérique, ainsi qu'avec d'autres personnes inconnues, en vue de commettre l'acte criminel qui consiste à importer au Canada un stupéfiant, savoir du cannabis (marihuana), contrairement au par. 5(1) de la Loi sur les stupéfiants du Canada, modifiée, et d'avoir ainsi commis une infraction contrairement à l'al. 423(1)d) du Code criminel du Canada, modifié.

Selon la théorie du ministère public, la marihuana devait être importée au Canada en provenance des États-Unis. L'intimé devait fournir les

sary funds and vehicles to be used as transport. Gauvin was to make the contacts and arrange the purchase in the United States. Allum (unindicted) was to find sources of drugs in the United States, and Hatto (also unindicted) was to be engaged in bringing the drugs into Canada. Evidence was led by the Crown of: extensive movement of two motor vehicles kept under surveillance by the police; the interception of telephone conversations between the various alleged conspirators; trips to the United States by the conspirators; the obtaining of sums of American currency by Carter; and the detention of one of the motor vehicles in which was found a concealed compartment containing traces of marihuana. In sum, there was evidence upon which a properly instructed jury could have returned a verdict of guilt. The jury, however, acquitted the respondent and the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. The Crown appealed to this Court by leave. The respondent Carter, although given notice of these proceedings, did not participate in the appeal<sup>1</sup>, but the Attorney General for New Brunswick arranged for the appearance of an *amicus curiae*, who filed a factum on behalf of the respondent and advanced argument in this Court.

The trial judge, after giving the jury instructions on the general nature of the crime of conspiracy, to which no exception was taken before us, said:

And so, you are going to have to face the problem of saying "Was Robert Carter a party to a conspiracy?" "Was Fidele Gauvin a party to a conspiracy?" And you are going to have to keep separate, evidence which applies to Robert Carter, and evidence which applies to Fidele Gauvin.

I am going to ask you to consider your verdict in stages. First of all, the first question you are going to have to ask yourself, does the evidence convince you that there was a conspiracy to import marihuana. Not that these people were party to it, but was there a conspiracy,

fonds nécessaires et les véhicules destinés au transport. Gauvin devait se charger des rencontres et des arrangements en vue de l'achat aux États-Unis. Allum (non accusé) devait trouver des sources de stupéfiants aux États-Unis, tandis que Hatto (également non accusé) était censé s'occuper de faire entrer ces stupéfiants au Canada. Il se dégage de la preuve du ministère public que deux véhicules à moteur soumis à la surveillance policière ont fait l'objet de déplacements considérables, qu'il y a eu interception de conversations téléphoniques entre les différents présumés conspirateurs, que ces derniers ont effectué des voyages aux États-Unis, que Carter a obtenu des sommes en devises américaines et qu'on a retenu l'un des véhicules à moteur dans lequel avait été découvert un compartiment caché qui contenait des traces de marihuana. Somme toute, il y avait des éléments de preuve sur lesquels un jury qui a reçu des directives appropriées aurait pu se fonder pour rendre un verdict de culpabilité. Le jury a cependant rendu un verdict d'acquiescement en faveur de l'intimé et la Cour d'appel a rejeté l'appel formé par le ministère public. Le ministère public se pourvoit devant cette Cour avec l'autorisation de celle-ci. Bien qu'il ait reçu avis des présentes procédures, l'intimé Carter n'y a pas participé<sup>1</sup>; le procureur général du Nouveau-Brunswick a toutefois fait en sorte qu'il y ait comparution d'un *amicus curiae* et celui-ci a produit un mémoire pour le compte de l'intimé et a plaidé sa cause en cette Cour.

Après avoir donné au jury des directives, contestées en cette Cour, quant à la nature générale du crime de complot, le juge du procès a dit ceci:

[TRADUCTION] Alors vous aurez à vous poser ces questions: «Robert Carter a-t-il participé à un complot?» «Fidèle Gauvin a-t-il participé à un complot?» Et vous aurez à garder séparés les éléments de preuve qui s'appliquent à Robert Carter et ceux qui s'appliquent à Fidèle Gauvin.

Je vais vous demander d'en arriver à votre verdict par étapes. La première question que vous devrez vous poser est de savoir si la preuve vous convainc qu'il y a eu complot en vue d'importer de la marihuana. Il s'agit donc de savoir non pas si ces gens ont participé au

<sup>1</sup> See [1982] 2 S.C.R. 937.

<sup>1</sup> Voir [1982] 2 R.C.S. 937.

which led up to the facts you have heard and the events you have heard, to import marihuana.

If you decide there was an agreement among somebody to do it, then the next question, "Was Robert Carter a party to that conspiracy? Was he a part of the agreement?" And separately, "Was Fidele Gauvin a party to the agreement?" As I have said you may find both not guilty or one guilty and one innocent, or both guilty. Because if you believe that they did acts [*sic*] or that they did agree you are going to have to reach that conclusion from a variety of individual acts.

If you decide "Yes" to all those questions. "Yes, there was a conspiracy", "Yes, Robert Carter was a party to it", and "Yes Fidele Gauvin was a party to it". Then and only then, may you consider evidence of acts by Robert Carter and words by Robert Carter as evidence against Fidele Gauvin, or vice versa.

Later he said:

And so we have ruled and do rule that much of what was said by one is not evidence against the other. Much of what is done by one or the other in the absence of the other party is not evidence against the absent party. Unless you find that there was a conspiracy, that each was a party to the conspiracy, and then, any act done by one or anything said by one in furtherance of that conspiracy is evidence against the other. But to reach that stage you must first ask yourself those three questions, otherwise, all the evidence is going to have to be kept in compartments, some applying to Robert Carter, some applying to Fidele Gauvin.

These directions were attacked by the appellant. In the Court of Appeal, it was argued that the effect of the trial judge's words was to instruct the jury that the Crown was required to prove, beyond a reasonable doubt, membership of the respondent in the conspiracy in order to permit reliance upon the conspirators' exception to the hearsay rule. This, it was said, was an error in law imposing upon the Crown a heavier burden of proof on that issue than is required. Limerick J.A., speaking for the Court, was of the view that some authorities required proof of an accused's membership in the conspiracy on a *prima facie* basis. He considered that *prima facie* in relation to proof of facts under the

complot, mais s'il y a eu un complot, à l'origine des faits et des événements qui ont été relatés devant vous, en vue d'importer de la marihuana.

Si vous décidez que certaines personnes ont convenu de le faire, vous devrez alors vous poser ces questions: «Robert Carter a-t-il participé à ce complot? Était-il partie à l'entente?» Puis séparément: «Fidèle Gauvin était-il partie à l'entente?» Comme je l'ai déjà dit, vous pouvez conclure à l'innocence des deux accusés, ou à la culpabilité de l'un et à l'innocence de l'autre ou à la culpabilité des deux, parce que, si vous estimez qu'ils ont accompli certains actes ou qu'ils ont été parties à une entente, vous devrez tirer cette conclusion en vous fondant sur divers actes individuels.

Si vous décidez que la réponse à toutes ces questions est «Oui» - «Oui, il y a eu complot», «Oui, Robert Carter y a participé» et «Oui, Fidèle Gauvin y a participé» - ce n'est qu'alors que vous pourrez considérer des éléments de preuve quant aux actes et aux propos de Robert Carter comme des preuves recevables contre Fidèle Gauvin, ou vice versa.

Plus loin il a affirmé:

[TRADUCTION] Nous avons donc décidé et nous décidons effectivement qu'une bonne partie de ce qu'a dit une personne ne peut servir de preuve contre l'autre personne. Une bonne partie de ce que fait une personne en l'absence de l'autre ne peut servir de preuve contre cette dernière, à moins que vous ne concluez qu'il y a eu complot, que chacune de ces personnes y a participé et, à ce moment-là, tout ce qu'a fait ou dit l'une en vue de l'exécution du complot peut servir de preuve contre l'autre. Mais pour parvenir à cette étape, vous devez d'abord vous poser ces trois questions, sinon il faudra garder séparés les éléments de preuve qui s'appliquent à Robert Carter et ceux qui s'appliquent à Fidèle Gauvin.

L'appelante a contesté ces directives. En Cour d'appel, on a fait valoir que les propos du juge du procès revenaient à dire au jury qu'il incombait au ministère public, afin de pouvoir invoquer l'exception à la règle du oui-dire à l'égard des conspirateurs, de prouver hors de tout doute raisonnable que l'intimé avait participé au complot. Cela, a-t-on prétendu, constituait une erreur de droit qui imposait au ministère public relativement à cette question un fardeau de la preuve plus lourd qu'il ne le fallait. Le juge Limerick, parlant au nom de la Cour d'appel, a exprimé l'avis que certains arrêts exigent une preuve *prima facie* de la participation d'un accusé au complot. Il a estimé que



*Criminal Code* meant “proof beyond a reasonable doubt unless displaced by further evidence or other evidence which raises a reasonable doubt as to the guilt of the accused”. He referred to *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, where, after saying that an accused in criminal proceedings must prove any matter in respect of which he bore the burden of proof by a balance of probability, Pigeon J. said [at pp. 548-49]:

Such is not the situation when all the presumption does is to establish a *prima facie* case. The burden of proof does not shift. The accused does not have to “establish” a defence or an excuse, all he has to do is to raise a reasonable doubt. If there is nothing in the evidence adduced by the Crown from which a reasonable doubt can arise, then the accused will necessarily have the burden of adducing evidence if he is to escape conviction.

Limerick J.A. then noted that the respondent Carter did not testify on his own behalf and, accordingly, failed to rebut any *prima facie* case made out against him by the Crown. He said, as well [at p. 376]:

If they did consider that evidence against Carter [the evidence of the acts and declarations of other conspirators] there is no merit in this ground of appeal as the suggested correction in the charge would not have altered the verdict of the jury. If on the other hand, the jury did not consider the acts and words of Gauvin and Allum in furtherance of the conspiracy, particularly the telephone conversations between them, as evidence against the respondent, the verdict of not guilty can only mean that the jury did not consider the Crown had established a *prima facie* case against the respondent.

In this Court only one point was taken and it was expressed in these words in the Crown’s factum.

This case raises the following question: “Where an accused is charged with a conspiracy, what degree of proof must be adduced that he and a particular actor or declarant were both involved in that conspiracy, before the latter’s acts or declarations are admissible against him?”

The Crown argued that where the existence of a conspiracy had been shown proof of the member-

l’expression *prima facie*, lorsqu’il s’agit de prouver des faits sous le régime du *Code criminel*, signifie [TRADUCTION] «preuve hors de tout doute raisonnable en l’absence d’autres éléments de preuve qui font naître un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé». Il s’est référé à l’arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, où, après avoir affirmé qu’un accusé dans des procédures criminelles doit prouver selon la prépondérance des probabilités tout fait dont la preuve lui incombe, le juge Pigeon ajoute [aux pp. 548 et 549]:

Ce n’est pas le cas lorsque la présomption ne constitue qu’une preuve *prima facie*. Le fardeau de la preuve n’est pas déplacé. L’accusé n’a pas à «établir» une défense ou une excuse, il lui suffit de soulever un doute raisonnable. S’il n’y a rien dans la preuve présentée par le ministère public qui puisse soulever un doute raisonnable, il incombe nécessairement à l’accusé de présenter une preuve s’il veut éviter une condamnation.

Le juge Limerick a alors fait remarquer que l’intimé Carter n’avait pas témoigné pour son propre compte et que, par conséquent, il n’avait pas réfuté la preuve *prima facie* que le ministère public avait présentée contre lui. Puis il a ajouté [à la p. 376]:

[TRADUCTION] Si le jury a effectivement pris en considération cette preuve présentée contre Carter [la preuve des actes et des déclarations de ses coconspirateurs], ce moyen d’appel est sans fondement, car la modification proposée à l’exposé n’aurait rien changé à son verdict. Si, par contre, le jury n’a pas considéré comme preuve recevable contre l’intimé ce qu’ont fait et dit Gauvin et Allum en vue de l’exécution du complot, particulièrement les conversations téléphoniques entre eux, le verdict de non-culpabilité peut seulement signifier que le jury a estimé que le ministère public n’avait pas établi une preuve *prima facie* contre l’intimé.

En cette Cour, on n’a soulevé qu’un seul moyen qui est ainsi formulé dans le mémoire du ministère public:

[TRADUCTION] Cette affaire soulève la question suivante: «Lorsqu’un accusé est inculpé de complot, suivant quelle norme de preuve faut-il établir que lui-même et un participant ou un témoin particulier ont tous deux participé au complot pour que les actes ou les déclarations de ce dernier soient recevables contre l’accusé?»

Le ministère public a fait valoir qu’une fois établie l’existence d’un complot, il suffit, pour prouver la

ship of an accused, to permit reliance upon the conspirators' hearsay exception, required only some evidence of membership directly admissible against him. The proposition was stated in the Crown factum in these words:

It is respectfully submitted that the only precondition that must be satisfied before the trier of fact is entitled to consider the acts and declarations of co-conspirators of the accused, against that accused, is that it can be said of each of them, that some evidence has been adduced against him, independent of the acts and declarations of others which tends to show that he was involved in the conspiracy.

The *amicus curiae*, while contending that no special form of words was required to charge the jury on this point, recognized that the Crown had a lesser burden than that of proof beyond a reasonable doubt in establishing membership in a conspiracy. He argued, however, that the jury had been adequately directed on this issue, saying in his factum:

The jury in the case at bar were clearly instructed by the trial judge that before they could consider the acts or declarations of Carter and/or Gauvin as evidence against the other, they must find; (a) that there was a conspiracy and (b) that each was a member of that conspiracy by independent evidence against him. And (without using legal terminology) only then would the co-conspirators' exception to the hearsay rule operate.

There was therefore no error in this respect and the Crown's appeal should fail. On this background the issue finds its way here.

There are many expositions of the conspirators' exception to the hearsay rule which attempt to resolve the logical problem inherent in its application. The problem may be simply stated. Where an accused is charged with the crime of conspiracy, proof of his agreement in the illegal design alleged, that is, his participation or membership in the conspiracy, is sufficient for a conviction. The conspirators' exception to the hearsay rule may be applied to afford evidence of the accused's membership through acts and declarations of fellow members of the conspiracy performed and made in

participation de l'accusé de manière à pouvoir invoquer l'exception à la règle du ouï-dire à l'égard des conspirateurs, de produire des éléments de preuve qui établissent sa participation et qui sont directement recevables contre lui. Dans son mémoire, le ministère public formule ainsi cette thèse:

[TRADUCTION] Nous soutenons respectueusement que la seule condition préalable à laquelle il faut satisfaire pour que le juge des faits puisse retenir les actes et les déclarations des coconspirateurs de l'accusé contre ce dernier, est que l'on puisse dire à l'égard de chacun d'eux qu'il existe des éléments de preuve contre lui, qui, indépendamment des actes et des déclarations d'autres personnes, tendent à démontrer qu'il a participé au complot.

Tout en prétendant que l'exposé au jury sur ce point ne requiert aucune formule particulière, l'*amicus curiae* a reconnu qu'il n'incombe pas au ministère public de prouver absolument hors de tout doute raisonnable la participation à un complot. Il a cependant fait valoir que le jury avait reçu des directives appropriées sur cette question, affirmant dans son mémoire:

[TRADUCTION] Le juge du procès en l'espèce a bien expliqué au jury que pour pouvoir considérer les actes ou les déclarations de Carter ou de Gauvin comme preuve recevable contre l'autre, il devait conclure, en se fondant sur une preuve indépendante produite contre celui-ci, a) qu'il y a eu complot et b) que l'un et l'autre ont participé à ce complot. Ce n'est qu'alors (sans utiliser une terminologie juridique) que l'exception à la règle du ouï-dire à l'égard des coconspirateurs s'appliquerait.

Il n'y a donc eu aucune erreur à cet égard et le ministère public doit être débouté. Voilà donc l'historique de la question dont nous sommes saisis.

Il existe de nombreuses interprétations de l'exception à la règle du ouï-dire à l'égard des conspirateurs qui tentent toutes de résoudre le problème logique inhérent à son application. Ce problème peut être formulé simplement. Lorsqu'un accusé est inculpé du crime de complot, il suffit, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, de prouver son consentement au prétendu dessein illégal, c.-à-d. sa participation au complot. Cette exception peut être appliquée pour prouver la participation de l'accusé au moyen des actes posés et des déclarations faites par les coconspirateurs en vue

pursuance of the objects of the conspiracy. The exception, however, depends on the preliminary fact of membership in the same conspiracy. Membership must therefore be proven before the exception is operative. Since membership is the gist of the offence, however, once that is proven the hearsay exception appears to be unnecessary.

It is only if the preliminary proof of membership is on a standard less than the ordinary standard in criminal cases that this exception can be brought into operation without, at the same time, disposing of the final issue in the matter. Once the membership has been established on a lesser burden, then the hearsay evidence made admissible by the application of the exception may be considered by the trier of fact on the issue of proof of the offence beyond a reasonable doubt. While the rule in general terms is simple to state, the difficulty arises in its practical application. Who should make the preliminary finding of membership, and what standard of proof is appropriate at that stage?

In attempting to deal with this question, judges are confronted, on the one hand, with the well-settled rule that recognizes the agency principle in connection with conspiracy at criminal law, but must, nonetheless, be deeply sensible of the grave injustice which could result from the application of the conspirators' exception to the hearsay rule to a person not, in fact, shown to be a member of the conspiracy. The approach generally adopted has been to take the matter in two stages, and to require a determination in the case of each accused of the issue of his membership in the conspiracy, on the basis of evidence directly admissible against him before permitting the application of the exception in order to reach a determination of the larger issue of his guilt, or innocence, on the charge in the indictment.

It has been suggested that a clear distinction between the two stages be maintained by appropriating to the trial judge the function of determining this preliminary question of fact: see *Carbo v. United States*, 314 F. 2d 718 (1963). In this way,

de réaliser les objets du complot. L'exception est cependant fonction d'un fait préliminaire, savoir la participation à ce même complot. Il faut donc prouver la participation pour que l'exception puisse s'appliquer. Toutefois, vu que la participation constitue l'essence de l'infraction, dès que la participation est prouvée, l'exception à la règle du ouï-dire semble superflue.

Ce n'est que si la preuve préliminaire de la participation se fait selon une norme moins sévère que la norme habituelle en matière pénale que cette exception peut être appliquée sans en même temps trancher la question de fond qui a été soulevée. Dès qu'on a prouvé la participation suivant une norme moins sévère, alors la preuve par ouï-dire, devenue recevable grâce à l'application de l'exception, peut être considérée par le juge des faits relativement à la question de la preuve hors de tout doute raisonnable de l'infraction. Bien que la règle générale soit facile à formuler, son application soulève des difficultés. A qui appartient-il de tirer la conclusion préliminaire quant à la participation et quelle est la norme de preuve appropriée à ce stade?

Lorsqu'ils essaient de trancher cette question, les juges doivent d'une part faire face à la règle bien établie qui reconnaît le principe du mandat relativement au complot en droit criminel, mais ils doivent néanmoins demeurer profondément conscients de l'injustice grave qui pourrait résulter de l'application de l'exception des conspirateurs à la règle du ouï-dire à une personne dont on n'a pas en réalité prouvé la participation au complot. En général, on choisit de procéder par deux étapes et on exige que, pour chaque accusé, la question de sa participation au complot soit tranchée en fonction d'éléments de preuve directement recevables contre lui, avant de permettre l'application de l'exception en vue d'arriver à une conclusion sur la question plus importante de sa culpabilité ou de son innocence relativement à l'infraction reprochée dans l'acte d'accusation.

On a proposé de maintenir une distinction nette entre les deux étapes par l'attribution au juge du procès de la responsabilité de trancher cette question de fait préliminaire: voir *Carbo v. United States*, 314 F. 2d 718 (1963). Ainsi, après la tenue

after a *voir dire* the trial judge rules on the question and either excludes the operation of the exception or directs the jury to apply it. This method has not found favour in Canada and has not been adopted. It was rejected by Martin J.A. in *Hobart et al. v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 214, where he said, speaking for the Ontario Court of Appeal, at pp. 228-29:

Faced with the inherent difficulty posed by the coincidence of the preliminary fact upon which the admissibility against an accused of acts and declarations of alleged co-conspirators depends, and the ultimate issue, some American courts have evolved a somewhat different approach, which is exemplified in the decision of the United States Court of Appeals, Ninth Circuit, in *Carbo v. U.S.* (1963), 314 F. (2d) 718.

Under this approach the judge determines the admissibility of the declarations of alleged co-conspirators in furtherance of the conspiracy. The judge admits the declarations as evidence if he is satisfied that, accepting the independent evidence as credible, a *prima facie* case (that is, one which would support a finding that the accused was a participant in the conspiracy) has been made out. Thereafter, it is the jury's function to determine whether the evidence, including the declarations, is credible and convincing beyond a reasonable doubt (p. 737). As I understand the rule, once the judge decides that a *prima facie* case has been made out by independent evidence (evidence other than the declarations of alleged co-conspirators), the independent evidence and the hearsay declarations of alleged co-conspirators are submitted to the jury on an equal footing, without any direction that the jury must find from the independent evidence that the accused was a party to the conspiracy before using the declarations of alleged co-conspirators against him.

The approach in *Carbo v. U.S.*, *supra*, has the apparent advantage of greatly simplifying the judge's charge. That advantage may, however, be more apparent than real and may only serve to conceal the underlying and intractable problem.

Moreover, the perceived simplicity of the *Carbo* approach is, in my view, counterbalanced by the fact that the jury is deprived of the assistance of the judge in sorting out the evidence directly admissible against an accused and consequently, are left free to connect the accused with the conspiracy by hearsay evidence.

Although the rule adopted in *Carbo* does not prevent the judge from separating the evidence directly admissible against the accused from the acts and declarations

d'un voir dire, le juge du procès statue sur la question et soit il exclut l'application de l'exception, soit il ordonne au jury de l'appliquer. Au Canada, cette méthode n'a pas bonne presse et n'a donc pas été adoptée. Elle a été rejetée par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hobart et al. v. R.* (1982), 25 C.R. (3d) 214, où, s'exprimant au nom de la Cour, il affirme aux pp. 228 et 229:

[TRADUCTION] Devant la difficulté inhérente que pose la coïncidence de la question de fond et du fait préliminaire dont dépend la recevabilité contre un accusé des actes et des déclarations de ses présumés coconspirateurs, certaines cours américaines ont élaboré une méthode quelque peu différente qui est illustrée dans l'arrêt de la Cour d'appel des États-Unis, Neuvième circuit, *Carbo v. U.S.* (1963), 314 F. (2d) 718.

Suivant cette méthode, le juge statue sur la recevabilité des déclarations faites par les présumés coconspirateurs en vue de l'exécution du complot. Le juge reçoit les déclarations comme preuve s'il est convaincu, à supposer que la preuve indépendante est crédible, de l'existence d'une preuve *prima facie* (c'est-à-dire d'une preuve qui permettrait de conclure que l'accusé a participé au complot). Cela fait, il appartient au jury de déterminer si la preuve, y compris les déclarations, est crédible et convaincante hors de tout doute raisonnable (p. 737). Si je comprends bien la règle, dès que le juge décide que la preuve indépendante (la preuve autre que les déclarations de présumés coconspirateurs) constitue une preuve *prima facie*, la preuve indépendante ainsi que les déclarations de présumés coconspirateurs qui se dégagent d'une preuve par ouï-dire sont présentées au jury sur un pied d'égalité, sans lui dire qu'il est tenu de conclure de la preuve indépendante que l'accusé a participé au complot, avant d'utiliser contre lui les déclarations de ses présumés coconspirateurs.

La méthode élaborée dans l'arrêt *Carbo v. U.S.*, précité, semble présenter l'avantage de simplifier énormément l'exposé du juge. Il se peut toutefois que cet avantage soit plus illusoire que réel et qu'il ne serve qu'à dissimuler le problème sous-jacent et insoluble.

De plus, la simplicité que l'on perçoit dans la méthode *Carbo* est, à mon avis, contrebalancée par le fait que le jury est privé de l'aide du juge pour déterminer quelles sont les éléments de preuve directement recevables contre un accusé et qu'il lui est donc loisible, à partir d'une preuve par ouï-dire, de lier l'accusé au complot.

Même si la règle adoptée dans l'arrêt *Carbo* n'empêche pas le juge de séparer la preuve directement recevable contre l'accusé des actes et des déclarations de

of alleged co-conspirators, such an exercise is meaningless where the evidence directly admissible against an accused and the hearsay acts and declarations of alleged co-conspirators go to the jury on the same basis; such a separation is contrary to the entire approach in that case.

It is true, of course, that under the rule propounded in *Carbo v. U.S.*, supra, the accused has the protection that the judge has already determined that there is sufficient independent evidence to support a finding by the jury that the accused was a party to the conspiracy. The jury may, nonetheless, find the independent evidence sparse and quite unconvincing, and use a hearsay declaration of *apparently* devastating force to connect the accused with the conspiracy.

I am in agreement with Martin J.A. in his rejection of the *voir dire* approach. I also agree with the concluding comment, quoted from his judgment in *Hobart* above, to the effect that the jury, despite the fact that the purpose of the *Carbo* approach is to separate the two issues, might well confuse the two and use the hearsay declarations to connect the accused with the conspiracy. The same danger, of course, applies where the jury must make this preliminary finding of membership in the conspiracy. They may equate proof of membership for the limited purpose of the application of the hearsay exception with proof of guilt of the accused upon the indictment. For this reason, it is my opinion that extreme care must be taken to keep the two issues separate and this involves the preservation of a two-stage approach in the charge to the jury.

The trial judge must bear in mind that in order to convict an accused upon a charge of conspiracy the jury, or other trier of fact, must be satisfied beyond a reasonable doubt that the conspiracy alleged in the indictment existed, and that the accused was a member of it. In deciding the issue of membership for the purpose of determining guilt or innocence on the charge contained in the indictment, the hearsay exception may be brought into effect, but only where there is some evidence of the accused's membership in the conspiracy directly admissible against him without reliance upon the hearsay exception raising the probability

présumés coconspirateurs, une telle pratique perd tout son sens lorsque la preuve directement recevable contre un accusé et les actes et déclarations de présumés coconspirateurs, qui se dégagent d'une preuve par ouï-dire, sont présentés au jury sur un pied d'égalité; pareille séparation va à l'encontre de l'ensemble de la méthode adoptée dans cet arrêt.

Il est vrai, bien sûr, que suivant la règle proposée dans l'arrêt *Carbo v. U.S.*, précité, l'accusé jouit d'une protection en ce sens que le juge a déjà décidé qu'il existe une preuve indépendante suffisante pour étayer une conclusion par le jury que l'accusé a participé au complot. Le jury peut néanmoins conclure que la preuve indépendante est insuffisante et pas du tout convaincante et puis utiliser une déclaration *apparemment* accablante, qui se dégage d'une preuve par ouï-dire, pour lier l'accusé au complot.

Je suis d'accord avec le juge Martin lorsqu'il rejette la méthode du voir dire. J'approuve également l'observation qu'il fait à la fin de l'extrait ci-dessus tiré de l'arrêt *Hobart*, selon laquelle, malgré le fait que la méthode de l'arrêt *Carbo* vise à séparer les deux questions, le jury pourrait très bien confondre les deux et utiliser des déclarations qui se dégagent d'une preuve par ouï-dire pour lier l'accusé au complot. Le même danger existe évidemment lorsque le jury doit tirer cette conclusion préliminaire de la participation au complot. Il se peut qu'il assimile la preuve de la participation aux seules fins de l'application de l'exception à la règle du ouï-dire à la preuve de la culpabilité de l'accusé relativement à l'infraction reprochée dans l'acte d'accusation. Pour ce motif, j'estime qu'il faut bien prendre soin de tenir les deux questions séparées et cela implique la conservation d'une méthode d'exposé au jury comportant deux étapes.

Le juge du procès doit se rappeler que, pour déclarer un accusé coupable de complot, le jury, ou tout autre juge des faits, doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que le complot allégué dans l'acte d'accusation a eu lieu et que l'accusé y a participé. En tranchant la question de la participation aux fins de décider si l'accusé est coupable ou innocent de l'accusation contenue dans l'acte d'accusation, l'exception à la règle du ouï-dire peut être appliquée, mais seulement lorsqu'il existe des éléments de preuve de la participation de l'accusé au complot qui sont directement recevables contre lui sans qu'il soit nécessaire d'invoquer l'exception

of his membership. It is not necessary that the directly admissible evidence be adduced first before any evidence of the acts and declarations of other conspirators may be received. The exigencies of the trial would make a chronological separation of the evidence impossible. At the end of the day, however, before the hearsay exception may apply, such evidence on the threshold issue of membership of the accused in the conspiracy must be present. In charging the jury on this question, the trial judge should instruct them to consider whether on all the evidence they are satisfied beyond a reasonable doubt that the conspiracy charged in the indictment existed. If they are not satisfied, then the accused charged with participation in the conspiracy must be acquitted. If, however, they conclude that a conspiracy as alleged did exist, they must then review the evidence and decide whether, on the basis of the evidence directly receivable against the accused, a probability is raised that he was a member of the conspiracy. If this conclusion is reached, they then become entitled to apply hearsay exception and consider evidence of the acts and declarations performed and made by the co-conspirators in furtherance of the objects of the conspiracy as evidence against the accused on the issue of his guilt. This evidence, taken with the other evidence, may be sufficient to satisfy the jury beyond a reasonable doubt that the accused was a member of the conspiracy and that he is accordingly guilty. They should be told, however, that this ultimate determination is for them alone and that the mere fact that they have found sufficient evidence directly admissible against the accused to enable them to consider his participation in the conspiracy probable, and to apply the hearsay exception, does not make a conviction automatic. They should be clearly told that it is only after they have become satisfied beyond a reasonable doubt on the whole of the evidence on both issues, that is, the existence of the conspiracy and the accused's membership in it, that they may convict, and that it is open to them, if they think it right or if they are not satisfied, to acquit the accused, even after reaching their initial determination of probable membership in the conspiracy which enabled the application of the hearsay exception. The trial judge should point out to the jury, as well, the evidence directly admissible

à la règle du oui-dire pour établir la probabilité de sa participation. Il n'est pas indispensable que la preuve directement recevable soit présentée en premier lieu pour que toute preuve quant aux actes et aux déclarations des autres conspirateurs puisse être reçue. Les exigences du procès rendraient impossible la séparation chronologique des éléments de preuve. En définitive toutefois, pour que l'exception à la règle du oui-dire puisse s'appliquer, la preuve relative à la question préliminaire de la participation de l'accusé au complot doit être présente. Dans son exposé au jury sur cette question, le juge du procès doit lui dire de décider si l'ensemble de la preuve le convainc hors de tout doute raisonnable de l'existence du complot reproché dans l'acte d'accusation. Si le jury n'en est pas convaincu, il doit alors acquitter l'accusé qui est inculpé d'avoir participé au complot. Si, toutefois, le jury conclut qu'il y a eu complot, comme on le prétend, il doit alors examiner la preuve et décider si, d'après la preuve directement recevable contre l'accusé, il est probable qu'il ait participé au complot. Si c'est là sa conclusion, le jury peut alors appliquer l'exception à la règle du oui-dire et considérer comme recevable contre l'accusé, relativement à la question de sa culpabilité, la preuve des actes posés et des déclarations faites par les coconspirateurs en vue de réaliser les objets du complot. Cette preuve, ajoutée aux autres éléments de preuve, peut suffire pour convaincre le jury hors de tout doute raisonnable que l'accusé a participé au complot et qu'il est donc coupable. Toutefois, il faut dire au jury qu'il lui revient à lui seul de trancher cette question ultime et que le simple fait de conclure qu'il existe une preuve directement recevable contre l'accusé, suffisante pour lui permettre de considérer comme probable sa participation au complot et d'appliquer l'exception à la règle du oui-dire, n'entraîne pas automatiquement une déclaration de culpabilité. Il faut dire clairement au jury qu'il ne peut rendre un verdict de culpabilité que si l'ensemble de la preuve relative aux deux questions, savoir l'existence du complot et la participation de l'accusé à ce complot, le convainc hors de tout doute raisonnable, et qu'il peut, s'il le juge bon ou s'il n'est pas convaincu, rendre un verdict d'acquiescement en faveur de l'accusé, même après avoir conclu initialement à la probabilité de sa participation au complot, ce qui

against the accused on the threshold issue of his membership in the conspiracy to assist them in that determination. In my view, this approach is generally consistent with the approach adopted by Martin J.A. in *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525, and *Hobart v. R.*, *supra*, in which case the general principles involved in the treatment of this question are set out and discussed and the authorities are collected.

Turning to the case at bar, it is my opinion that the trial judge in his charge left with the jury the idea that they would have to be satisfied, according to the ordinary criminal standard of proof beyond a reasonable doubt, on the preliminary issue of membership of the accused in the conspiracy. In this, he imposed upon the Crown a higher burden of proof on the issue than that required by law. He charged the jury early in his charge on the general requirement of proof beyond a reasonable doubt and in the extract from his charge, reproduced above, he used the expression "does the evidence convince you that there was a conspiracy". This referred, of course, to the existence of the conspiracy but, in going on to deal with the question of Carter's membership in the conspiracy, he gave no indication that any lesser standard of proof could apply and, in my view, the effect of this omission, taken with the earlier instruction on the general requirement for proof beyond a reasonable doubt, was that the jury were left with the direction to apply the reasonable doubt standard on this preliminary issue of membership. In my opinion, the jury was thus misinstructed and the Crown put to a standard of proof greater than that required by law on the threshold issue of membership in the conspiracy. I would, accordingly, allow the appeal and direct a new trial.

*Appeal allowed and a new trial ordered.*

*Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: James C. Letcher (amicus curiae), Moncton.*

lui a permis d'appliquer l'exception à la règle du oui-dire. Le juge du procès doit également signaler au jury, pour l'aider à trancher cette question, les éléments de preuve directement recevables contre l'accusé relativement à la question préliminaire de sa participation au complot. A mon avis, cette méthode est généralement compatible avec celle adoptée par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Baron and Wertman* (1976), 31 C.C.C. (2d) 525 et l'arrêt *Hobart v. R.*, précité, où sont énoncés et étudiés les principes généraux applicables à l'examen de cette question et où est rassemblée la jurisprudence pertinente.

Quant à la présente affaire, je suis d'avis que dans son exposé, le juge du procès a donné au jury l'impression que, relativement à la question préliminaire de la participation de l'accusé au complot, il lui fallait être convaincu suivant la norme de preuve habituelle en matière pénale, c.-à-d. hors de tout doute raisonnable. Le juge a ainsi imposé au ministère public, relativement à cette question, un fardeau de la preuve plus lourd que celui exigé en droit. Au début de son exposé, il a donné au jury des directives sur l'exigence générale d'une preuve hors de tout doute raisonnable et, dans l'extrait de son exposé que j'ai reproduit plus haut, il emploie l'expression «si la preuve vous convainc qu'il y a eu complot». Cela se rapporte évidemment à l'existence du complot, mais, quand il a poursuivi en traitant la question de la participation de Carter au complot, il n'a pas indiqué qu'une norme de preuve moins sévère pouvait s'appliquer et, à mon avis, cette omission, ajoutée à la directive antérieure sur l'exigence générale d'une preuve hors de tout doute raisonnable, équivalait à dire au jury d'appliquer à cette question préliminaire de la participation la norme d'une preuve hors de tout doute raisonnable. A mon avis, le jury a ainsi reçu des directives erronées et le ministère public s'est vu imposer, relativement à la question préliminaire de la participation au complot, une norme de preuve plus sévère que celle exigée en droit. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.*

*Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé: James C. Letcher (amicus curiae), Moncton.*

**James Dennis Sweitzer** (*Accused/Appellant*)  
*Appellant;*

and

**The Queen** (*Respondent*) *Respondent.*

File No.: 16277.

1982: February 8; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Whether or not evidence from those episodes without a direct connection to accused should be admitted.*

This appeal raised the question of the admissibility of evidence of “similar facts” involving an accused, tendered in proof of the allegations in the indictment upon which he was tried.

*Held:* The appeal should be allowed.

The admission of similar fact evidence should be confined to cases where there is some evidentiary link, direct or circumstantial, with the accused. It was casting the net too widely to admit evidence of the eleven episodes not shown to be connected with the accused because of the similarity with the incidents for which there was a testimonial connection with the appellant.

*Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Boardman v. Director of Public Prosecutions*, [1974] 3 All E.R. 887; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694, applied; *R. v. Hurren*, [1962] Crim. L.R. 770; *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1980), 26 A.R. 208, dismissing an appeal from conviction by Holmes J. Appeal allowed.

*Brian E. Devlin*, for the appellant.

*Bruce Duncan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J. —This appeal raises the question of the admissibility of evidence of “similar facts”

**James Dennis Sweitzer** (*Accusé/Appellant*)  
*Appelant;*

et

<sup>a</sup> **La Reine** (*Intimée*) *Intimée.*

N° du greffe: 16277.

1982: 8 février; 1982: 23 juin.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

<sup>c</sup>

*Preuve — Recevabilité — Preuve d'actes similaires — Recevabilité de la preuve quant aux incidents n'ayant pas de rapport direct avec l'accusé.*

<sup>d</sup> Le pourvoi soulève la question de la recevabilité de la preuve d'«actes similaires» mettant en cause un accusé et produite à l'appui des allégations contenues dans l'acte d'accusation sur lequel porte son procès.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

<sup>e</sup> Il y a lieu de limiter la recevabilité d'une preuve d'actes similaires aux cas où il existe des preuves, directes ou indirectes, qui établissent un lien avec l'accusé. C'est aller trop loin que de recevoir des preuves quant aux onze incidents à l'égard desquels on n'a pas démontré de lien avec l'accusé simplement en raison de la similitude de ces incidents avec ceux à l'égard desquels les témoignages ont établi un tel lien.

<sup>g</sup> Jurisprudence: arrêts appliqués: *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Boardman v. Director of Public Prosecutions*, [1974] 3 All E.R. 887; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694; arrêts mentionnés: *R. v. Hurren*, [1962] Crim. L.R. 770; *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221.

<sup>h</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1980), 26 A.R. 208, qui a rejeté l'appel contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Holmes. Pourvoi accueilli.

<sup>i</sup> *Brian E. Devlin*, pour l'appelant.

*Bruce Duncan*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>j</sup> LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève la question de la recevabilité de la preuve d'«actes



involving an accused, tendered in proof of the allegations in the indictment upon which he is tried.

Between April 11, 1974 and October 19, 1978, an interval of about four and a half years, the police investigated a series of fifteen sexual attacks which took place in Calgary against various women. On October 18, 1978 the appellant was apprehended in a woman's apartment at about 5:50 a.m. She had been alone and was awakened by the appellant's entry into her apartment. She raised an alarm and after a brief struggle the police arrived and arrested him. In January of 1979 a preliminary hearing was held and as a result the appellant was committed for trial upon fifteen charges, one arising out of each of the fifteen assaults. The indictment which was drawn for presentment at trial contained fifteen counts which included charges of rape, indecent assault, and breaking and entry with intent to commit an indictable offence. Prior to trial a motion was made to Moshansky J. by the appellant which led to an order severing the various counts. The Crown then elected to proceed on count one which provided:

That he, at Calgary, in the Judicial District of Calgary, Alberta, on or about the 12th day of April, A.D. 1974, being a male person, did unlawfully have sexual intercourse with Gail Margaret Page nee Bennie, a female person who was not his wife, without her consent, thereby committing rape, contrary to the Criminal Code.

At the commencement of the trial, because the Crown wished to adduce in evidence the particulars and circumstances of the fourteen other offences referred to in the indictment, the jury was excused and a *voir dire* was held to determine whether evidence of the other assaults and attempts was properly admissible as evidence of similar facts. The entire evidence in the trial was led on the *voir dire*, including all the evidence the Crown tendered relating to the other fourteen episodes. All the evidence so adduced was found by the trial judge to be admissible and thereafter the jury was recalled and it was repeated in their presence.

similaires» mettant en cause un accusé, produite à l'appui des allégations contenues dans l'acte d'accusation sur lequel porte son procès.

Entre le 11 avril 1974 et le 19 octobre 1978, soit une période d'environ quatre ans et demi, la police a enquêté sur une série de quinze attentats sexuels dont des femmes avaient été victimes à Calgary. Le 18 octobre 1978, l'appelant a été arrêté dans l'appartement d'une femme vers 5 h 50. Celle-ci était seule dans l'appartement et s'est réveillée lorsque l'appelant s'est introduit dans l'appartement. Elle a donné l'alarme et s'est débattue brièvement avec l'appelant avant que la police n'arrive et ne l'arrête. A l'issue d'une enquête préliminaire tenue en janvier 1979, l'appelant a été renvoyé pour subir son procès relativement à quinze chefs d'accusation, un pour chacun des quinze attentats. L'acte d'accusation dressé en vue du procès contenait quinze chefs qui comprenaient des accusations de viol, d'attentat à la pudeur et d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel. Avant le procès, l'appelant a présenté au juge Moshansky une requête en séparation des différents chefs d'accusation et une ordonnance en ce sens a été rendue. Le ministère public a alors choisi de faire porter le procès sur le premier chef d'accusation que voici:

[TRADUCTION] D'avoir lui-même, une personne du sexe masculin, à Calgary, dans le district judiciaire de Calgary (Alberta), vers le 12 avril 1974, illégalement eu des relations sexuelles avec Gail Margaret Page, née Bennie, sans le consentement de cette personne du sexe féminin qui n'était pas son épouse, et d'avoir ainsi commis un viol contrairement au *Code criminel*.

Au début du procès, parce que le ministère public voulait présenter comme preuve les détails et les circonstances des quatorze autres infractions mentionnées dans l'acte d'accusation, on a tenu un *voir dire* hors la présence du jury pour déterminer si les éléments de preuve relatifs aux autres attentats étaient régulièrement recevables comme preuve d'actes similaires. Toute la preuve relative au procès, y compris la totalité de la preuve du ministère public concernant les quatorze autres incidents, a été présentée au cours du *voir dire*. Le juge du procès ayant conclu à la recevabilité de la preuve ainsi présentée, le jury a été rappelé et tout a été repris en sa présence.

The evidence led in respect of the offence referred to in count 1 established that the complainant Page was awakened early in the morning of April 12, 1974 in her apartment by a voice which told her not to scream or cry out or she and her infant daughter would be hurt. She felt an arm over her head and something sharp at her back. She was taken out of bed, her hands were held behind her back, and she was pushed into the bathroom where the assailant forced her to have intercourse with him. She was blindfolded with a towel in the bathroom and then taken to the living room where she was put upon the floor and an attempt was made at anal penetration and an attempt made to force her to perform fellatio upon the intruder. Her assailant left her after about an hour. She was unable to identify him and could give no evidence upon which an identification could be based. It is evident that her evidence, if believed, would have justified a conviction of rape save for the fact that there was nothing in it from which the appellant could be identified as the attacker. The Crown was thus compelled in order to remedy this deficiency to rely on the evidence of the other episodes and the evidence of a detective Ogg who on one occasion saw a man whom he identified as the accused looking in a window at the rear of a motel at which certain of these events had occurred.

The allegedly similar facts fall for the purpose of this discussion into two groups. Firstly, there are those forming the basis of counts 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 and 14. In these eleven episodes there is no evidence of identification of the appellant save for the alleged similarity in the conduct of the assailant to the conduct attributed to the appellant in the four episodes referred to hereafter. The second group comprises allegations in counts 3, 11 and 15 and the evidence of Detective Ogg. In these four episodes there is some direct evidence of the identification of the appellant as the assailant. In counts 3 and 11 the victims of the assault swore to his identity, in count 15 he was apprehended by the police at the scene, and Detective Ogg swore he was the man seen to be peering in a window at the rear of a motel who fled when the police came

Il se dégage de la preuve présentée relativement à l'infraction visée par le premier chef d'accusation que, tôt le matin du 12 avril 1974, la plaignante Page a été réveillée dans son appartement par une voix qui lui disait de ne pas hurler ou crier sinon elle-même et sa fillette recevraient des blessures. Elle a senti un bras sur sa tête et un objet pointu dans son dos. L'agresseur l'a tirée du lit et, lui tenant les mains derrière le dos, l'a poussée jusque dans la salle de bains où il l'a forcée à avoir des relations sexuelles avec lui. Toujours dans la salle de bains, l'agresseur lui a bandé les yeux avec une serviette puis l'a emmenée au salon où il l'a couchée sur le sol et a fait une tentative de pénétration anale. Il a en outre essayé de la forcer à pratiquer sur lui la fellation. Après environ une heure l'agresseur est parti. La victime a été incapable de l'identifier ni n'a pu rendre de témoignage sur lequel pouvait se fonder une identification. Il est évident que son témoignage, si l'on y ajoutait foi, aurait justifié une déclaration de culpabilité de viol, sauf qu'il ne comportait aucun élément permettant d'identifier l'appelant comme étant l'agresseur. Le ministère public se voyait donc dans l'obligation, pour combler cette lacune, d'invoquer les éléments de preuve relatifs aux autres incidents et le témoignage du détective Ogg qui, à une certaine occasion, a vu un homme, qu'il a identifié comme étant l'accusé, qui regardait par une fenêtre derrière un motel où certains de ces événements avaient eu lieu.

Les prétendus actes similaires peuvent se diviser, aux fins de la présente étude, en deux groupes. Il y a d'abord ceux sur lesquels se fondent les chefs d'accusation 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 et 14. Dans ces onze cas, il n'y a aucun élément de preuve d'identification de l'appelant, si ce n'est la similitude entre la conduite de l'agresseur et celle attribuée à l'appelant dans les quatre cas mentionnés ci-après. Le second groupe comprend les allégations contenues dans les chefs d'accusation 3, 11 et 15 ainsi que le témoignage du détective Ogg. Dans ces quatre cas, il existe des éléments de preuve directs qui permettent d'identifier l'appelant comme étant l'agresseur. Dans les cas visés par les chefs d'accusation 3 et 11, les victimes de l'attentat ont identifié l'appelant sous serment, tandis que dans le cas visé par le chef 15, la police

upon him. Detective Ogg's observations were made on an occasion separate in time from any of the attacks forming the subject of any of the counts. It is the admission of all of this evidence which was approved in the Court of Appeal that forms the basis of this appeal.

The question of the admissibility of similar fact evidence has been the subject of much legal writing to be found in the decided cases and textbooks and in the academic articles and commentaries. The general principle stated by Lord Herschell in *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, at p. 65, has been largely accepted as the basis for the admission of this evidence. He said:

In their Lordships' opinion the principles which must govern the decision of the case are clear, though the application of them is by no means free from difficulty. It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried. On the other hand, the mere fact that the evidence adduced tends to shew the commission of other crimes does not render it inadmissible if it be relevant to an issue before the jury, and it may be so relevant if it bears upon the question whether the acts alleged to constitute the crime charged in the indictment were designed or accidental, or to rebut a defence which would otherwise be open to the accused. The statement of these general principles is easy, but it is obvious that it may often be very difficult to draw the line and to decide whether a particular piece of evidence is on the one side or the other.

Over the years in seeking to apply this principle judges have tended to create a list of categories or types of cases in which similar fact evidence could be admitted, generally by reference to the purpose for which the evidence was adduced. Evidence of similar facts has been adduced to prove intent, to prove a system, to prove a plan, to show malice, to

l'a arrêté sur les lieux du crime et le détective Ogg a témoigné sous serment que c'était bien l'appelant qu'il avait vu regarder par une fenêtre derrière un motel et qui avait pris la fuite lorsque la police l'avait surpris. Les observations du détective Ogg sont survenues à un moment distinct de la perpétration des différents attentats visés par les chefs d'accusation. C'est l'acceptation de toute cette preuve, approuvée par la Cour d'appel, qui est à l'origine du présent pourvoi.

Dans la jurisprudence et la doctrine, dans les articles spécialisés et dans les commentaires, on a beaucoup écrit sur la question de la recevabilité de la preuve d'actes similaires. Le principe général énoncé par lord Herschell dans l'arrêt *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 65, a été largement accepté comme le fondement de la recevabilité de cette preuve. Lord Herschell affirme:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment que les principes qui doivent régir la décision en l'espèce sont clairs, même si leur application est loin d'être facile. Il ne fait pas de doute que la poursuite ne peut, aux fins d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite criminelle ou de sa réputation, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation. D'autre part, le simple fait que la preuve apportée tend à démontrer la perpétration d'autres crimes, n'entraîne pas pour autant son irrecevabilité si elle porte sur une question dont le jury est saisi, ce qui peut être le cas si elle se rapporte à la question de savoir si les actes qui, à ce qu'on prétend, constituent le crime reproché dans l'acte d'accusation étaient intentionnels ou accidentels; ce peut également être le cas si cette preuve est présentée pour repousser un moyen de défense que l'accusé pourrait autrement invoquer. Il est facile d'énoncer ces principes généraux, mais il est évident qu'il peut souvent être très difficile de tracer la ligne de démarcation et de décider de quel côté se situe un élément de preuve en particulier.

Au cours des années, en cherchant à appliquer ce principe, les juges ont eu tendance à créer une liste de catégories ou de types de cas où la preuve d'actes similaires peut être recevable, en se référant généralement à l'objet de la preuve. La preuve d'actes similaires a été produite pour prouver l'intention, pour prouver l'existence d'un système ou

rebut the defence of accident or mistake, to prove identity, to rebut the defence of innocent association, and for other similar and related purposes. This list is not complete.

This approach has been useful because similar fact evidence by its nature is frequently adduced for its relevance to a single issue in the case under trial. It has however involved, in my opinion, a tendency to overlook the true basis upon which evidence of similar facts is admissible. The general principle described by Lord Herschell may and should be applied in all cases where similar fact evidence is tendered and its admissibility will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission whatever the purpose of its admission. This approach finds support in *Boardman v. Director of Public Prosecutions*, [1974] 3 All E.R. 887 and is implicit in the words of Lord Herschell in the *Makin* case. It has also found approval in academic writings on the subject (see: "Similar Fact Evidence—Catchwords and Cartwheels" (1977), McGill L.J. 60, by Professor Sklar, and "Similar Facts after *Boardman*", (1975) 91 Law Q. Rev. 193, by L.H. Hoffmann, and see, as well, the commentary by Professor J.C. Smith on *R. v. Hurren*, [1962] Crim. L.R. 770.) I agree with the words of Lord Morris in *Boardman*, *supra*, where he said at p. 893:

In his speech in *Harris v Director of Public Prosecutions* Viscount Simon pointed out that it would be an error to attempt to draw up a closed list of the sorts of cases in which the principle operates. Just as a closed list need not be contemplated so also, where what is important is the application of principle, the use of labels or definitive descriptions cannot be either comprehensive or restrictive. While there may be many reasons why what is called 'similar fact' evidence is admissible there are some cases where words used by Hallett J. are apt. In *R. v Robinson* he said:

'If a jury are precluded by some rule of law from taking the view that something is a coincidence which is against all the probabilities if the accused person is innocent, then it would seem to be a doctrine of law which prevents a jury from using what looks like ordinary common sense.'

d'un dessein, pour démontrer la malice, pour repousser la défense d'accident ou d'erreur, pour prouver l'identité, pour repousser la défense de rapports innocents et à d'autres fins semblables et connexes. Cette liste n'est pas exhaustive.

Cette façon d'aborder le problème s'est révélée utile parce que la preuve d'actes similaires est, de par sa nature, souvent apportée en raison de sa pertinence relativement à une seule question de l'affaire en litige. J'estime toutefois qu'elle comporte une tendance à négliger le véritable fondement de la recevabilité de la preuve d'actes similaires. Le principe général énoncé par lord Herschell peut et doit être appliqué chaque fois qu'on présente une preuve d'actes similaires et la recevabilité de cette preuve sera fonction de sa valeur probante par rapport au préjudice causé à l'accusé par suite de son acceptation à quelque fin que ce soit. Ce dernier point de vue, qui se dégage implicitement des propos de lord Herschell dans l'arrêt *Makin*, trouve appui dans l'arrêt *Boardman v. Director of Public Prosecutions*, [1974] 3 All E.R. 887. De plus, il a été approuvé dans des écrits spécialisés sur ce sujet (voir: «Similar Fact Evidence—Catchwords and Cartwheels» (1977), McGill L.J. 60, par le professeur Sklar, et «Similar Facts after *Boardman*», (1975) 91 Law Q. Rev. 193, par L.H. Hoffmann, et voir aussi le commentaire du professeur J.C. Smith sur l'arrêt *R. v. Hurren*, [1962] Crim. L.R. 770). Je partage l'avis de lord Morris dans l'arrêt *Boardman*, précité, à la p. 893:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Harris v Director of Public Prosecutions*, le vicomte Simon a fait remarquer qu'on aurait tort d'essayer de fixer une liste des types de cas où le principe s'applique. Tout comme il est inutile d'envisager une liste fixe, le recours à des désignations ou à des descriptions définitives ne peut être ni compréhensif ni restrictif lorsqu'il s'agit d'abord et avant tout d'appliquer le principe. Bien qu'il puisse exister de nombreuses raisons qui justifient la recevabilité de ce qu'on appelle la preuve d'«actes similaires», il y a des cas où des propos du juge Hallett sont pertinents. Dans la décision *R. v Robinson* il a dit:

«S'il existe une règle de droit qui empêche un jury de conclure que tel fait est une coïncidence des plus invraisemblables, à supposer l'innocence de l'accusé, il semblerait s'agir là d'une doctrine juridique qui empêche un jury de faire preuve de ce qui semble être le simple bon sens.»

But as Viscount Simon pointed out in *Harris v Director of Public Prosecutions* evidence of other occurrences which merely tend to deepen suspicion does not go to prove guilt; so evidence of 'similar facts' should be excluded unless such evidence has a really material bearing on the issues to be decided. I think that it follows from this that, to be admissible, evidence must be related to something more than isolated instances of the same kind of offence.

The general principle enunciated in the *Makin* case by Lord Herschell, should be borne in mind in approaching this problem. The categories, while sometimes useful, remain only as illustrations of the application of that general rule.

Before evidence may be admitted as evidence of similar facts, there must be a link between the allegedly similar facts and the accused. In other words there must be some evidence upon which the trier of fact can make a proper finding that the similar facts to be relied upon were in fact the acts of the accused for it is clear that if they were not his own but those of another they have no relevance to the matters at issue under the indictment. If authority for this proposition be required, it may be found in *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694. Viscount Simon dealt with a case somewhat similar to the case at bar. He briefly summarized the facts at pp. 695 and 696, as follows:

The appellant was a member of the City of Bradford Police Force. He was tried at the Leeds Autumn Assizes in November, 1951, before Pearson J., on an indictment containing eight counts charging him with office-breaking and larceny on a series of dates in May, June and July, 1951, by breaking into and entering the premises of a company of fruit and vegetable merchants situated in an enclosed and extensive Bradford market and stealing therefrom various sums of money. In every case the money stolen was only a part of the amount that the thief, whoever he was, might have taken; in every case the same means of access was used; and in every case the theft occurred in a period during part of which the appellant was on duty in uniform in the course of patrolling the market, and apparently at an hour when

Mais, comme le vicomte Simon l'a fait remarquer dans l'arrêt *Harris v Director of Public Prosecutions*, la preuve d'autres incidents qui tendent simplement à accroître les soupçons ne sert pas à prouver la culpabilité; il convient donc d'exclure la preuve d'«actes similaires», à moins qu'elle n'ait un rapport vraiment important avec les questions à trancher. J'estime qu'il s'ensuit que, pour être recevable, la preuve doit se rapporter à quelque chose de plus que des cas isolés du même type d'infraction.

Lorsqu'on aborde ce problème, il convient d'avoir présent à l'esprit le principe général énoncé par lord Herschell dans l'arrêt *Makin*. Les catégories sont parfois utiles, mais il reste qu'elles ne constituent que des illustrations de l'application de cette règle générale.

Pour que des éléments de preuve soient reçus comme preuve d'actes similaires, il doit y avoir un lien entre les actes que l'on prétend similaires et l'accusé. En d'autres termes, il doit exister des éléments de preuve qui permettent au juge des faits de conclure à bon droit que les actes similaires que l'on veut invoquer sont effectivement les actes de l'accusé, car il est évident que, s'il ne s'agit pas de ses propres actes mais plutôt de ceux d'une autre personne, ceux-ci n'ont aucun rapport avec les questions soulevées par l'acte d'accusation. Dans la mesure où il peut être nécessaire de justifier cette thèse, on peut se référer à l'arrêt *Harris v. Director of Public Prosecutions*, [1952] A.C. 694, où le vicomte Simon a statué sur un cas quelque peu semblable à la présente espèce. Aux pages 695 et 696, il résume brièvement les faits de la façon suivante:

[TRADUCTION] L'appelant était membre du corps de police de la ville de Bradford. En novembre 1951, aux assises d'automne de Leeds, il a subi son procès devant le juge Pearson relativement à un acte d'accusation qui contenait huit chefs l'inculpant d'introduction par effraction et de vol, à une série de dates au cours des mois de mai, juin et juillet 1951; il se serait introduit par effraction dans les locaux d'une société de marchands de fruits et légumes, situés dans un grand marché clos de Bradford et y aurait volé diverses sommes d'argent. Dans chaque cas, l'argent volé ne représentait qu'une partie du montant que le voleur, qui qu'il fût, aurait pu voler; dans chaque cas, l'introduction s'est effectuée de la même façon; chaque fois, le vol a eu lieu au cours d'une période pendant une partie de laquelle l'appelant,

most of the gates to the market were closed to the general public. But, on the first seven of these occasions, there was no further evidence to associate the appellant specifically with the thefts.

A motion to sever the counts and proceed to trial separately on each count failed and evidence was adduced respecting all counts. The appellant was acquitted on the first seven but convicted on the eighth. The appeal was brought because, although the appellant had only been convicted on the eighth count, it was complained that no direction was given to the jury to the effect that they could not consider the evidence on the first seven counts in reaching their conclusion upon the eighth. In dealing with the matter Viscount Simon said at p. 708:

It is, of course, clear that evidence of "similar facts" cannot in any case be admissible to support an accusation against the accused unless they are connected in some relevant way with the accused and with his participation in the crime.

He then referred to the words of Lord Sumner in *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221, and continued:

It is the fact that he was involved in the other occurrences which may negative the inference of accident or establish his mens rea by showing "system". Or, again, the other occurrences may sometimes assist to prove his identity, as, for instance, in *Perkins v. Jeffrey*. But evidence of other occurrences which merely tend to deepen suspicion does not go to prove guilt.

Lord Morton of Henryton concurred with Viscount Simon, saying, at p. 715:

I desire only to add that, in my view, evidence as to the thefts which occurred on the first seven occasions was not admissible for the purpose of the trial of the appellant on the eighth count, because the appellant was not proved to have been near the shop, or even in the market, at the time when these thefts occurred. It is, however, clear that the judge invited the jury to take that evidence into account when considering the eighth count.

en uniforme, faisait sa ronde dans le marché, et, semblait-il, à une heure où la plupart des barrières du marché étaient fermées au grand public. Mais, dans les sept premiers cas, aucun autre élément de preuve ne permettait de lier précisément l'appellant aux vols.

Une requête en séparation des chefs d'accusation et en instruction séparée de chaque chef a été rejetée et des éléments de preuve ont été produits au sujet de tous les chefs d'accusation. L'appellant a été acquitté relativement aux sept premiers chefs, mais déclaré coupable quant au huitième. Bien que l'accusé n'ait été reconnu coupable que relativement au huitième chef d'accusation, l'affaire a été portée en appel parce que l'on se plaignait que le jury n'avait reçu aucune directive portant qu'il ne pouvait prendre en considération les éléments de preuve relatifs aux sept premiers chefs d'accusation pour tirer sa conclusion sur le huitième. Le vicomte Simon affirme à ce propos, à la p. 708:

[TRADUCTION] Bien sûr, il est évident que la preuve d'«actes similaires» ne peut en aucun cas être recevable pour appuyer une accusation portée contre l'accusé, à moins que ces actes n'aient quelque lien pertinent avec l'accusé et avec sa participation au crime.

Se référant alors à ce qu'avait dit lord Sumner dans l'arrêt *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221, il ajoute:

[TRADUCTION] C'est sa participation aux autres incidents qui peut venir s'opposer à la conclusion d'accident ou permettre d'établir sa mens rea en démontrant l'existence d'un «système». Ou encore, les autres incidents peuvent parfois aider à prouver son identité, comme c'est le cas, par exemple, dans l'affaire *Perkins v. Jeffrey*. Mais la preuve d'autres incidents qui tendent simplement à accroître les soupçons ne sert pas à prouver la culpabilité.

Lord Morton of Henryton, qui partage l'avis du vicomte Simon, affirme à la p. 715:

[TRADUCTION] Je tiens seulement à ajouter que, selon moi, la preuve concernant les sept premiers vols n'était pas recevable aux fins du procès de l'appellant relativement au huitième chef d'accusation, car on n'a pas prouvé que l'appellant se trouvait près du magasin, ni même dans le marché, au moment où ces vols ont été commis. Il est toutefois évident que le juge a invité le jury à tenir compte de cette preuve au moment d'examiner le huitième chef d'accusation.

And Lord Tucker said, at p. 715:

I agree with my noble and learned friend, Lord Morton of Henryton, that the evidence with regard to the first seven occasions was irrelevant to the charge on the eighth count, but was left to the jury as relevant.

Dealing with the eleven episodes I say at once that in my view evidence relating to them was inadmissible and ought not to have been admitted. I put that proposition simply upon the footing that they afford no evidence of identification of the appellant, because, despite the existence of varying degrees of similarity between the acts revealed in the evidence and the facts of the case under trial, there is no evidence which connects the appellant with any of those episodes. They are not shown to be connected with him and cannot therefore be relevant as evidence against him. It was the similarity between the eleven incidents and the four incidents which led the learned chief justice to consider that evidence of the eleven incidents was admissible. McGillivray C.J.A. in his reasons, speaking for a unanimous court of appeal, said:

We are all of the view that the only link with the accused in 12 cases [the eleven cases referred to above and the count in Count No. 1] was the similarity of his technique; but there is sufficient similarity in technique to that in the three cases where the accused was identified, in our opinion, to permit the findings to be admissible as a matter of identifying the accused as being the attacker in the Page case. We are, therefore, of the opinion that the Appeal on the grounds of admissibility of what is said to be similar fact evidence, fails.

In my view, this approach seems to proceed on the basis that, while the eleven episodes themselves are not shown to be connected with the accused, they are made admissible because of the similarity to the four incidents in respect of which there had been a testimonial connection with the appellant. They should therefore be admitted into evidence, as it were, upon the coat tails of the four episodes. In my view, this is to cast the net too wide in a search for evidence. This line of reasoning could

Et lord Tucker dit, à la p. 715:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec mon noble et savant collègue lord Morton of Henryton, que la preuve qui se rapporte aux sept premiers incidents était sans rapport avec le huitième chef d'accusation, et pourtant elle a été présentée au jury comme si elle était pertinente.

Pour ce qui est des onze incidents, je dis tout de suite qu'à mon avis, la preuve y relative était irrecevable et n'aurait donc pas dû être reçue. Pour cela je me fonde simplement sur le fait qu'ils n'apportent aucune preuve d'identification de l'appelant, car, malgré la similitude qui existe à différents degrés entre les actes qui se dégagent de la preuve et les faits de la présente espèce, il n'y a aucun élément de preuve qui permet de lier l'appelant à l'un quelconque de ces incidents. On n'a établi aucun lien entre les incidents en question et l'appelant et ils ne peuvent donc pas constituer une preuve pertinente contre lui. C'est la similitude entre les onze incidents et les quatre autres qui a amené le savant juge en chef à conclure à la recevabilité des éléments de preuve relatifs aux onze incidents. Le juge en chef McGillivray, en rendant les motifs unanimes la Cour d'appel, affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que le seul lien qu'il y avait avec l'accusé dans 12 cas [les onze cas susmentionnés et celui visé par le chef d'accusation n° 1], c'était la similitude de technique; mais nous estimons que la technique employée dans ces cas-là est suffisamment semblable à celle employée dans les trois cas où l'on a identifié l'accusé, pour que les constatations soient recevables aux fins d'identifier l'accusé comme étant l'agresseur dans le cas de Page. Nous sommes donc d'avis qu'il faut rejeter l'appel fondé sur ce moyen relatif à la recevabilité de ce qu'on dit être une preuve d'actes similaires.

A mon avis, ce point de vue semble reposer sur la conclusion que, même si on ne démontre pas l'existence d'un lien entre les onze incidents eux-mêmes et l'accusé, ces incidents sont recevables comme preuve en raison de leur similitude avec les quatre incidents à l'égard desquels les témoignages ont établi un lien avec l'appelant. Ils devraient donc être reçus en preuve, comme ils l'ont été, à la traîne des quatre autres incidents. Selon moi, c'est là aller trop loin à la recherche d'éléments de

make evidence of any nocturnal rape committed in Calgary in a period of four and a half years, where some similarity could be shown, receivable in evidence against the appellant. I would confine the admission of such evidence to cases where there is some evidentiary link, direct or circumstantial, with the accused.

It is my opinion that the error which was made by the admission into evidence of the eleven episodes was so highly prejudicial that the only remedy open is a new trial. Because there is to be a new trial, I make no comment in respect of the relevancy of the four episodes involving some evidentiary connection with the appellant because I do not wish to embarrass the trial judge in his approach to the matter. The question of the admissibility of that evidence I leave to be resolved on the new trial. I would, accordingly, allow the appeal and direct a new trial.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Brian E. Devlin, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Paul Chrumka, Calgary.*

preuve. Suivant ce raisonnement, la preuve de tout viol nocturne commis à Calgary au cours d'une période de quatre ans et demi, si l'on pouvait établir une certaine similitude avec la présente espèce, pourrait servir contre l'appellant. J'estime qu'il y a lieu de limiter la recevabilité d'une preuve de ce genre aux cas où il existe des preuves, directes ou indirectes, qui établissent un lien avec l'accusé.

Je suis d'avis que l'erreur qu'on a commise en recevant comme preuve les onze incidents était à ce point préjudiciable que seul un nouveau procès peut permettre d'y remédier. Puisqu'il y aura un nouveau procès, je ne me prononce pas sur la pertinence des quatre incidents qui comportent des preuves de l'existence d'un lien avec l'appellant, car je ne veux pas gêner le juge du procès dans sa façon d'aborder la question. La question de la recevabilité de cette preuve doit être tranchée au nouveau procès. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appellant: Brian E. Devlin, Calgary.*

*Procureur de l'intimée: Paul Chrumka, Calgary.*



**Carman Construction Limited** *Appellant*;

and

**Canadian Pacific Railway Company and CP Rail** *Respondents*.

File No.: 16745.

1981: November 12; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Contracts — Collateral warranty — Information about project sought and received from C.P.R. employee inaccurate — Work more substantial than indicated — Written contract excluding appellant's reliance on such information — Whether or not damages recoverable for breach of collateral warranty.*

*Torts — Negligent misrepresentation — Information sought and received from C.P.R. employee inaccurate — Work more substantial than indicated — Written contract excluding reliance on such information — Whether or not damages recoverable.*

Appellant contracted to construct a railway siding for C.P.R. Although the bidding documents required that the tenderer be acquainted with all conditions affecting the tender, appellant sought information from a C.P.R. employee authorized to give out that information. The construction contract included a clause that appellant did not rely on any statement or information made to it in relation to any work by C.P.R. In mid-project, appellant learned that excavations required were substantially more than first estimated. C.P.R. refused appellant's demand for an additional payment. Appellant sought damages from C.P.R. (a) in contract, for breach of collateral warranty, and (b) in tort, for negligent misrepresentation.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The existence of clause 3.1, which provided that Carman did not rely on any information or statement made to it in relation to the work by C.P.R., precluded any finding of the existence of a collateral warranty. A

**Carman Construction Limited** *Appelante*;

et

**Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique et CP Rail** *Intimées*.

N° du greffe: 16745.

1981: 12 novembre; 1982: 23 juin.

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

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

*Contrats — Garantie accessoire — Inexactitude des renseignements concernant le projet fournis par un employé du C.P. sur demande — Travaux plus importants qu'indiqué — Le contrat écrit empêche l'appelante de se fier à ces renseignements — Est-ce que des dommages-intérêts peuvent être recouverts pour violation d'une garantie accessoire?*

*Responsabilité délictuelle — Déclaration inexacte faite par négligence — Inexactitude des renseignements fournis par un employé du C.P. sur demande — Travaux plus importants qu'indiqué — Le contrat écrit empêche l'entrepreneur de se fier à ce renseignement — Est-ce que des dommages-intérêts peuvent être recouverts?*

L'appelante a signé un contrat pour la construction d'une voie d'évitement pour le C.P. Bien que les documents de soumission exigeassent que les soumissionnaires soient au courant de toutes les conditions concernant la soumission, l'appelante a demandé un renseignement à un employé du C.P. autorisé à le donner. Le contrat de construction comportait une clause portant que l'appelante ne pouvait se fier aux déclarations faites ou aux renseignements fournis par le C.P. concernant les travaux. En cours d'exécution des travaux, l'appelante a constaté que les travaux d'excavation requis étaient plus importants que prévu. Le C.P. a refusé d'accorder une somme supplémentaire à l'appelante. L'appelante réclame du C.P. des dommages-intérêts a) sur le plan contractuel, pour violation d'une garantie accessoire, et b), sur le plan délictuel, pour déclaration inexacte faite par négligence.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La présence de la clause 3.1, qui stipule que Carman ne se fiait à aucun des renseignements que le C.P. lui a donnés ni à aucune déclaration qu'il lui a faite concernant les travaux empêche de conclure à l'existence d'une

collateral agreement cannot be established where it is inconsistent with or contradicts the written agreement. Even apart from clause 3.1, the intent to make a collateral warranty was not proved. Further, there was no express warranty, or, in view of the uncertainty of the source of the information relied on, no implied warranty on the part of C.P.R.

Clause 3.1 established that C.P.R. assumed no duty of care in respect of information provided by the employee. A claim in negligence will not arise in the absence of a duty of care.

*Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*, [1913] A.C. 30; *Hawrish v. Bank of Montreal*, [1969] S.C.R. 515; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102; *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1964] A.C. 465; applied; *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 33 O.R. (2d) 472, 124 D.L.R. (3d) 680, dismissing an appeal from the judgment of Griffith J. Appeal dismissed.

*Ian Scott, Q.C.*, and *S. M. Grant*, for the appellant.

*Katharine F. Braid*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant, Carman Construction Limited (“Carman”), carries on the business of heavy construction and, in particular, the excavation of rock. In August, 1977, the respondent, Canadian Pacific Railway Company (“C.P.R.”), wished to widen a railway siding beside a stretch of railway near Rutter, Ontario. Mr. Johnson, the division engineer of C.P.R. at Sudbury, was authorized by his superiors to invite tenders for the rock excavation. On September 6, 1977, Carman received from C.P.R. a tender package which contained a letter of invitation to bid, printed instructions to bidders, a blank proposal form, a specimen form of the contract ultimately to be entered into with the successful bidder and a site plan. Carman was one of four contractors to receive the package. The material required that the tender be submitted by 10 a.m. Friday, September 9, 1977. This was found by the

garantie accessoire. Un contrat accessoire ne peut être établi s'il est incompatible avec le contrat écrit ou s'il le contredit. Même en l'absence de la clause 3.1, l'intention d'accorder une garantie accessoire n'a pas été établie. En outre, il n'y a eu aucune garantie expresse ni, compte tenu de l'incertitude quant à la source de ce renseignement, aucune garantie implicite de la part du C.P.

La clause 3.1 établit que le C.P. n'a assumé aucune obligation de diligence à l'égard du renseignement donné par son employé. En l'absence d'une obligation de diligence, il ne peut y avoir de réclamation fondée sur la négligence.

Jurisprudence: arrêts appliqués: *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton*, [1913] A.C. 30; *Hawrish c. Banque de Montréal*, [1969] R.C.S. 515; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102; *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1964] A.C. 465; distinction faite avec l'arrêt: *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 33 O.R. (2d) 472, 124 D.L.R. (3d) 680, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Griffith. Pourvoi rejeté.

*Ian Scott, c.r.*, et *S. M. Grant*, pour l'appelante.

*Katharine F. Braid*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelante, Carman Construction Limited («Carman»), exploite une entreprise de construction de grands ouvrages et, en particulier, d'excavation de roc. Au mois d'août 1977, l'intimée, la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique («C.P.»), souhaitait élargir une voie d'évitement longeant une section de la voie ferrée près de Rutter (Ontario). M. Johnson, l'ingénieur divisionnaire du C.P. à Sudbury, a reçu de ses supérieurs l'autorisation de lancer un appel d'offres pour les travaux d'excavation de roc. Le 6 septembre 1977, Carman a reçu du C.P. les documents de soumission contenant une lettre d'appel d'offres, les instructions imprimées à l'intention des soumissionnaires, une formule de soumission en blanc, une formule type du contrat que l'adjudicataire serait appelé à signer et un plan des lieux d'excavation. Carman est l'un des quatre entrepreneurs qui ont reçu ces documents. Les documents

trial judge to be an unusually short period of time in which to prepare a bid.

The tender package did not disclose the quantity of rock to be removed. Mr. Fielding, Vice President and General Manager of Carman, testified that normally this information could be obtained in one of two ways; either the owner would supply the information when inviting tenders, or the contractor at its expense would engage a consulting engineer to carry out an investigation. In this case, however, Fielding maintained that there was not enough time to have a consulting firm undertake such an investigation. Fielding and a fellow employee of Carman visited the site on September 7, 1977, where they made a visual examination and took some random measurements. They observed that approximately 25% of the length of the area to be excavated was covered with "overburden", *i.e.* the surface soil or rubble covering the rock.

In August of 1977 a technician employed by C.P.R. had carried out a survey of the proposed siding. His survey was based on a cross section then estimated to be 2,500 feet in length, instead of the 2,950 feet to be contracted for. As a result of this survey, the quantity of rock to be removed was estimated at approximately 7,000 cubic yards.

On the afternoon of September 7, 1977, Fielding visited C.P.R. offices in Sudbury where he discussed the proposed tender with someone in the engineering department. Fielding testified that he told this individual that based on the information available, Carman was unable to submit a price. He was told that there were no soil reports or cross sections available. He then inquired whether C.P.R. had any volume figures, to which the individual in question volunteered a figure of 7,000 to 7,500 cubic yards. On cross-examination, Fielding admitted that he did not know the name of the person who gave him the information, what that person's position was, or what authority he had. However, the trial judge felt satisfied that it was an employee of C.P.R. authorized to give out such information.

exigeaient le dépôt de la soumission avant 10 h le vendredi 9 septembre 1977. Le juge de première instance a conclu que c'était un délai exceptionnellement court pour préparer une soumission.

<sup>a</sup> Les documents de soumission n'indiquaient pas le volume de roc à déplacer. M. Fielding, le vice-président et directeur général de Carman, a témoigné que normalement ce renseignement pouvait être obtenu de deux façons; soit que le propriétaire le fournisse dans l'appel d'offres, soit que l'entrepreneur retienne à ses frais les services d'un ingénieur-conseil pour procéder à une étude. Dans le cas présent toutefois, Fielding a fait valoir qu'on ne disposait pas du temps nécessaire pour demander à un cabinet d'experts-conseils d'effectuer une telle étude. Fielding et un employé de Carman ont visité les lieux le 7 septembre 1977 où ils ont fait un examen visuel et pris des mesures au hasard. Ils ont constaté qu'environ 25 p. 100 de la longueur de l'aire à excaver était recouverte de «mort-terrain», *c.-à-d.* de sol de surface ou de moellon recouvrant le roc.

<sup>e</sup> Au mois d'août 1977, un technicien employé par C.P. avait fait un relevé de la voie d'évitement proposée. Son relevé était fondé sur une coupe transversale dont la longueur estimative était alors de 2,500 pieds, au lieu des 2,950 pieds que devait mentionner le contrat. En conséquence de ce relevé, on a évalué à environ 7,000 verges cubes le volume de roc à déplacer.

<sup>g</sup> Au cours de l'après-midi du 7 septembre 1977, Fielding s'est rendu aux bureaux du C.P. à Sudbury où il a discuté du projet de soumission avec une personne du service technique. Fielding a témoigné qu'il a dit à cette personne que, compte tenu des renseignements disponibles, Carman était dans l'impossibilité de faire une offre. On lui a dit qu'aucun rapport d'étude du sol ni aucune coupe transversale n'étaient disponibles. Il a alors demandé si le C.P. pouvait lui indiquer le volume de roc à déplacer, et la personne en question a avancé les chiffres de 7,000 à 7,500 verges cubes. En contre-interrogatoire, Fielding a admis qu'il ne connaissait pas le nom de la personne qui lui a donné ce renseignement, quel poste elle occupait ou quelles étaient ses attributions. Le juge de première instance s'est dit cependant convaincu

Carman prepared its bid on the assumption that 7,500 cubic yards of rock were to be removed. On September 9, 1977, Carman submitted its proposal. The contract was for an "upset" price of \$109,260 for work and material, including a fee of approximately 20% for profit in the amount of \$18,200.

As part of its bid, Carman was required to submit a letter which, under the terms of the proposal, became part of the contract. The concluding paragraph of the letter reads as follows:

We propose to commence work immediately after final acceptance of your department. We estimate 25 working days, depending on block time to drill, blast, and excavate approx. 7500 cu. yds. of rock.

There is no reference in any of the other documents to the quantity of rock to be removed.

Carman's tender was accepted by letter from C.P.R. dated September 30, 1977, and the formal contract was executed in October. The following clauses of the contract are relevant:

3.1 It is hereby declared and agreed by the Contractor that this Agreement has been entered into by him on his own knowledge respecting the nature and conformation of the ground upon which the work is to be done, the location, character, quality and quantities of the material to be removed, the character of the equipment and facilities needed, the general and local conditions and all other matters which can in any way affect the work under this Agreement, and the Contractor does not rely upon any information given or statement made to him in relation to the work by the Company.

5.1.2 The fee payable to the Contractor shall be Eighteen Thousand Two Hundred (\$18,200) dollars.

5.1.3 The Contractor hereby guarantees that the cost of the work plus the fee shall not exceed One Hundred and Nine Thousand Two Hundred and Sixty (\$109,260) dollars which amount is herein-after referred to as the upset price.

qu'il s'agissait d'un employé du C.P. autorisé à fournir ce renseignement.

Carman a préparé sa soumission en présumant qu'il y avait 7,500 verges cubes de roc à déplacer. Carman a déposé sa soumission le 9 septembre 1977. Le contrat prévoyait un prix de départ de \$109,260 pour le travail et les matériaux, y compris des honoraires d'environ 20 p. 100 à titre de profit, soit une somme de \$18,200.

Dans le cadre de sa soumission, Carman était requise de produire une lettre qui, aux termes de l'offre, est devenue partie du contrat. Le dernier alinéa de la lettre se lit comme suit:

[TRADUCTION] Nous comptons commencer les travaux immédiatement après l'acceptation définitive de votre bureau. Nous estimons que la durée des travaux sera de 25 jours ouvrables, selon le temps requis pour forer, dynamiter et déplacer environ 7,500 verges cubes de roc.

Aucun des autres documents ne mentionne le volume de roc à déplacer.

La soumission de Carman a été acceptée par lettre du C.P. en date du 30 septembre 1977 et le contrat lui-même a été signé en octobre. Les clauses suivantes du contrat sont pertinentes:

[TRADUCTION]

3.1 Par les présentes, l'entrepreneur reconnaît qu'il a signé le présent contrat en fonction de sa propre connaissance de la nature et de la configuration du sol où doivent être exécutés les travaux, de l'emplacement, de la nature, de la qualité et du volume du matériau à enlever, du genre d'équipement et d'installations nécessaires, des conditions générales et locales et de toutes les autres questions qui peuvent influencer, de quelque manière que ce soit, sur les travaux à exécuter en vertu du présent contrat, et l'entrepreneur ne se fie à aucun renseignement que la Compagnie lui a donné ni à aucune déclaration qu'elle lui a faite concernant les travaux.

5.1.2 Les honoraires à payer à l'entrepreneur sont de dix-huit mille deux cents dollars (\$18,200).

5.1.3 L'entrepreneur garantit par les présentes que le coût des travaux et des honoraires n'excédera pas cent neuf mille deux cent soixante dollars (\$109,260), montant appelé ci-après prix de départ.

Provided however:

- (a) In the event that the cost of the work plus the fee is less than the upset price, the Contractor shall be entitled only to payment of such cost plus the fee. *a*
- (b) In the event that the cost of the work plus the fee exceeds the upset price the Contractor shall be entitled only to payment of the upset price. *b*

In addition, a document entitled "General Conditions Covering Rock Excavation at Rutter Ontario", which formed part of the bidding documents, contained the following clause:

**4. Familiarity with Site**

Each tenderer must make himself personally acquainted with the location of the proposed work, and must inform himself by such means as he may prefer as to all conditions of the site and all other factors which may affect his tender and the performance of the work, and shall not claim at any time after tendering that there was any misunderstanding in regard to conditions at the site or of conditions imposed by the Agreement. *d*

Fielding admitted that he had read the provisions of clause 3.1, which appeared in the draft contract included in the tender package, and which later appeared in the executed contract, before Carman submitted its proposal to C.P.R. Work was commenced on October 17, 1977. On October 24, 1977, C.P.R. sent a letter to Carman indicating its intention to reduce the size of the cut from 26 feet to 23 feet, and to change the depth of the excavation below track level from 2.9 inches to 2.1 inches. The letter requested Carman to "forward . . . a proposal in writing describing the changes, stating the reduction in the cost of the work and the change in completion date." No response was received. A second letter dated November 9, 1977, was sent to Carman. *e*

In the meantime, Carman had progressed to a point where the overburden had been removed. On approximately October 29, 1977, a survey was made by an employee of Carman. This survey revealed that substantially more rock was required to be removed than the estimated 7,500 cubic *j*

Sous réserve toutefois de ce qui suit:

- a) S'il arrive que le coût des travaux et des honoraires est inférieur au prix de départ, l'entrepreneur aura droit uniquement au paiement de ce coût et des honoraires.
- b) S'il arrive que le coût des travaux et des honoraires excède le prix de départ, l'entrepreneur n'aura droit qu'au paiement du prix de départ.

*b* En outre, un document intitulé [TRADUCTION] «Conditions générales applicables aux travaux d'excavation de roc à Rutter (Ontario)», qui faisait partie des documents de soumission, comportait la clause suivante: *c*

[TRADUCTION] 4. Connaissance des lieux

Chaque soumissionnaire doit lui-même se familiariser avec les lieux où seront exécutés les travaux et doit s'informer, par les moyens qu'il estime souhaitables, de toutes les conditions des lieux et des autres facteurs qui peuvent influencer sur sa soumission et sur l'exécution des travaux. Après le dépôt de sa soumission, nul soumissionnaire ne pourra invoquer une méprise concernant l'état des lieux ou les conditions prévues au contrat. *d*

Fielding a admis avoir lu les dispositions de la clause 3.1 qui figure au projet de contrat accompagnant les documents de soumission et qui est reprise dans le contrat qui a été signé, avant que Carman soumette son offre à C.P. Les travaux ont débuté le 17 octobre 1977. Le 24 octobre 1977, C.P. a fait parvenir à Carman une lettre indiquant son intention de réduire la largeur de la tranchée de 26 pieds à 23 pieds et de modifier la profondeur de l'excavation au-dessous du niveau des rails de 2.9 pouces à 2.1 pouces. La lettre demandait à Carman de [TRADUCTION] «faire parvenir . . . une offre par écrit décrivant les modifications, énonçant la réduction du coût des travaux et la nouvelle date d'achèvement des travaux.» Aucune réponse n'a été reçue. Une seconde lettre en date du 9 novembre 1977 a été adressée à Carman. *e*

*i* Entre temps, Carman avait terminé l'enlèvement du mort-terrain. Vers le 29 octobre 1977, un employé de Carman a effectué un relevé technique. Ce relevé indiquait qu'il était nécessaire d'enlever beaucoup plus de roc que les 7,500 verges cubes prévues. Carman a fait parvenir à C.P. la lettre suivante en date du 14 novembre 1977: *j*

yards. Carman sent the following letter to C.P.R. dated November 14, 1977:

As per your letter dated October 24, 1977 and the revised plan H-41-62 dated October 18, 1977, be advised that the original quantity of rock was estimated by your office between 7500—8000 cubic yards to be removed.

Before work was started we were advised that rock cut width was being reduced to dimensions as showing on plan H-41-62, October 18, 1977.

We cross sectioned the original cut on October 29, 1977 and subsequent calculations have indicated a quantity of rock removed to be 7,587.66 cubic yards which is within the quantity estimated for bidding purposes. Therefore our original quoted price will remain unchanged.

Due to severe adverse weather conditions and blocky ground our completion date is revised to December 3, 1977.

On November 22, 1977, a meeting was held of representatives of both companies. Carman explained the results of its survey which showed that the amount of rock required to be removed for the reduced cut would be approximately the same as that estimated for the original contract. Accordingly, Fielding proposed that the original price of \$109,260 remain the same for the reduced cut. C.P.R. did not agree to this proposal and advised Carman by letter dated November 29, 1977, as follows:

In view of your letter dated November 14, 1977 in which you advised constructing to the revised cross section as shown on Plan No. H-41-62, revised to October 18, 1977 would not result in any reduction in the cost of the work, please be advised that as was discussed with you on November 22, 1977 no change order will be issued and all work must be constructed in accordance with Plan No. H-41-62 dated September 6th, 1977 in accordance with the covering contract agreement.

Carman elected to continue to work under the terms of the original contract, and work was completed on December 23, 1977. The full amount of the contract price was paid. At the completion of the job, Carman conducted a further survey which revealed that 11,042.5 cubic yards of rock had been removed. On January 11, 1978, Carman submitted an additional claim to C.P.R. requesting

[TRADUCTION] Suite à votre lettre du 24 octobre 1977 et au plan révisé H-41-62 en date du 18 octobre 1977, nous tenons à vous informer que votre bureau a estimé, à l'origine, qu'il y aurait entre 7,500 et 8,000 verges cubes de roc à déplacer.

Avant de commencer les travaux, nous avons été informés que la largeur de la tranchée était réduite aux dimensions indiquées au plan H-41-62 en date du 18 octobre 1977.

Le 29 octobre 1977, nous avons établi la coupe transversale de la tranchée prévue à l'origine et des calculs ultérieurs ont démontré que le volume de roc à déplacer était de 7,587.66 verges cubes, ce qui est en deçà du volume prévu aux fins de la soumission. Par conséquent, le prix fixé à l'origine restera le même.

En raison du mauvais temps et de la formation du sol, la date d'achèvement prévue est reportée au 3 décembre 1977.

Les représentants des deux sociétés se sont rencontrés le 22 novembre 1977. Carman a expliqué le résultat de son relevé technique qui montrait que le volume de roc à enlever de la tranchée après modification des plans serait sensiblement le même que celui prévu pour le contrat initial. Par conséquent, Fielding a proposé de maintenir, pour la tranchée réduite, le prix initial de \$109,260. C.P. s'est opposée à cette proposition et, par lettre en date du 29 novembre 1977, a informé Carman de ce qui suit:

[TRADUCTION] Suite à votre lettre du 14 novembre 1977 dans laquelle vous nous informez que l'exécution des travaux suivant la nouvelle coupe transversale qui figure au plan n° H-41-62 modifié le 18 octobre 1977 n'entraînerait pas une diminution du coût des travaux, nous tenons à vous informer que conformément à notre entretien du 22 novembre 1977, le contrat ne sera pas modifié et que les travaux doivent être exécutés selon le au plan n° H-41-62 en date du 6 septembre 1977 conformément au contrat initial.

Carman a choisi de poursuivre les travaux selon les conditions du contrat initial et les travaux ont été achevés le 23 décembre 1977. Le montant total prévu au contrat a été payé. A la fin des travaux, Carman a effectué un autre relevé technique qui a révélé que 11,042.5 verges cubes de roc avaient été déplacées. Le 11 janvier 1978, Carman a soumis à C.P. une demande de paiement supplémentaire de

payment of \$32,282.08, the amount required to compensate it for labour and equipment. C.P.R. refused to make this payment and Carman brought an action claiming \$32,282.08 plus 20% for its "overrun" fee under the contract.

The case was tried in the Supreme Court of Ontario by Griffiths J. whose decision is reported at (1980), 28 O.R. (2d) 232. He dismissed the action. He was of the opinion that, subject to the provisions of the exemption clause, the ingredients were present to support a claim for breach of warranty of a collateral contract and for negligent misrepresentation. However, he concluded that the presence of clause 3.1, an exemption clause, precluded him from finding in Carman's favour.

The appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed, Brooke J.A. dissenting. The decision is now reported at (1981), 33 O.R. (2d) 472. Wilson J.A. (as she then was), who delivered the reasons of the majority said:

The majority of the Court sees no reason why in the circumstances of this case the defendant should be precluded from putting forward the non-reliance provisions in the tender documents. The plaintiff was aware of these provisions before it approached the defendant's employees seeking information as to the quantity of rock to be removed. It knew that this precise matter was dealt with in clear and unambiguous terms in the contract on which it was tendering. Indeed, the provisions were clearly meant for the sole purpose of ensuring that, if prospective bidders got any information on this subject from the defendant's employees, they would be relying upon it at their own risk. Likewise, the defendant knew that if its employees gave out any information or made an estimate in response to requests from prospective bidders, the risk of the information's being wrong was not on it but on the bidders who used it. This was the context in which they conducted their business.

This is not, in the view of the majority, a case in which, after making a negligent misrepresentation to the plaintiff in order to induce it to enter into a contract, the terms of which were at the time of the misrepresentation unknown, the defendant thereafter inserts into the con-

\$32,282.08, soit la somme requise pour l'indemniser au titre de la main d'oeuvre et du matériel. C.P. a refusé de faire ce paiement et Carman a intenté une action en recouvrement de \$32,282.08 plus 20 p. 100 à titre de «dépassement» des honoraires prévus au contrat.

L'affaire a été entendue par le juge Griffiths de la Cour suprême de l'Ontario et sa décision est publiée à (1980), 28 O.R. (2d) 232. Il a rejeté l'action. Il a exprimé l'avis que, sous réserve des dispositions de la clause d'exonération, on retrouvait les éléments qui justifient une réclamation fondée sur la violation d'une garantie d'un contrat accessoire et sur une déclaration inexacte faite par négligence. Il a cependant conclu que la présence de la clause 3.1, une clause d'exonération, l'empêchait de rendre une décision favorable à Carman.

L'appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté avec une dissidence de la part du juge Brooke. Cet arrêt est maintenant publié à (1981), 33 O.R. (2d) 472. Le juge Wilson (alors juge de la Cour d'appel), qui a rendu les motifs de la majorité, a dit:

[TRADUCTION] La Cour à la majorité ne voit pas pourquoi, suivant les circonstances en l'espèce, la défenderesse ne pourrait pas invoquer les dispositions de protection qui sont contenues dans les documents de soumission. La demanderesse était au courant de ces dispositions avant de communiquer avec les employés de la défenderesse pour obtenir des renseignements quant au volume de roc à déplacer. Elle savait que cette question précise était traitée clairement et sans ambiguïté dans le contrat pour lequel elle faisait une offre. En fait, il est évident que ces dispositions avaient pour seul but d'assurer que, si les soumissionnaires éventuels obtenaient des employés de la défenderesse des renseignements à cet égard, ils s'y fieraient à leurs propres risques. De même, la défenderesse savait que si ses employés donnaient des renseignements ou faisaient une estimation en réponse aux demandes de soumissionnaires éventuels, ce serait les soumissionnaires qui s'en serviraient, et non pas elle, qui assumeraient les risques d'erreur de ces renseignements. C'est dans ce contexte que le marché a été conclu.

La Cour à la majorité est d'avis qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où, après avoir fait par négligence une déclaration inexacte à la demanderesse en vue de l'inciter à conclure un contrat, dont les conditions n'étaient pas connues au moment de la déclaration, la défende-

tract an exculpatory clause in order to insulate itself against antecedent tort liability. This is a case in which the plaintiff tendered knowing that in the very contract on which it was tendering it had agreed to assume the risk of using any information obtained by it from the defendant's employees. There is no basis in these circumstances for the exercise of the Court's equitable jurisdiction.

Brooke J.A. adopted the trial judge's findings of breach of collateral warranty and negligent misrepresentation and went on to say:

The quantity of rock to be removed was a vital fact in issue in making the bid and the contract. In the circumstances, the clause relied upon by the company does not apply to the issue of quantity and the representation by the defendant's authorized representative amounts to a collateral warranty and the defendant is liable on its breach. Further, I agree with the learned trial judge that in the circumstances this was a negligent misrepresentation. The clauses in the contract to which I have referred provide no defence.

At trial it was contended by Carman that its letter to C.P.R., which accompanied its bid, and which formed part of the contract which contained the sentence "We estimate 25 working days, depending on block time to drill, blast and excavate approx. 7500 cu. yds. of rock", had the effect of making the contract into an agreement to excavate only a specific quantity of rock. This submission was rejected by the trial judge and I agree with him. This argument was never mentioned in either judgment in the Court of Appeal and it was not pressed in this Court.

The submission of the appellant in this Court was that Carman is entitled to recover damages from C.P.R.:

- (a) in contract, for breach of a collateral warranty, and
- (b) in tort, for negligent misrepresentation.

resse insère par la suite au contrat une clause de disculpation pour se protéger de la responsabilité délictuelle antérieure. Il s'agit d'un cas où la demanderesse a déposé une soumission en sachant que, dans le contrat même pour lequel elle faisait une offre, elle acceptait d'assumer les risques de l'utilisation des renseignements obtenus des employés de la défenderesse. Dans les circonstances, rien ne permet à la Cour d'exercer sa compétence en matière d'équité.

Le juge Brooke a adopté la conclusion du juge de première instance suivant laquelle il y a eu une violation d'une garantie accessoire et une déclaration inexacte faite par négligence et il a ajouté:

[TRADUCTION] Le volume de roc à déplacer était un fait essentiel à la préparation de la soumission et du contrat. Dans les circonstances, la clause sur laquelle s'appuie la compagnie ne s'applique pas à la question du volume, la déclaration faite par le représentant autorisé de la défenderesse équivaut à une garantie accessoire et la défenderesse est responsable de sa violation. En outre, je me rallie à l'opinion du savant juge de première instance selon laquelle il s'agissait dans les circonstances d'une déclaration inexacte faite par négligence. Les clauses du contrat que j'ai mentionnées n'offrent aucun moyen de défense.

En première instance, Carman prétendu que sa lettre adressée à C.P., qui accompagnait sa soumission et qui faisait partie du contrat, dans laquelle figurait la phrase «Nous estimons que la durée des travaux sera de 25 jours ouvrables, selon le temps requis pour forer, dynamiter et déplacer environ 7,500 verges cubes de roc» a eu pour effet de rendre le contrat applicable à l'excavation d'un volume déterminé de roc seulement. Le juge de première instance a rejeté cette prétention et je suis d'accord avec lui. Cet argument n'a été mentionné dans aucun des motifs des juges de la Cour d'appel et on ne s'y est pas attardé en cette Cour.

L'appelante a fait valoir en cette Cour que Carman a le droit de recouvrer du C.P. des dommages-intérêts:

- a) sur le plan contractuel, pour violation d'une garantie accessoire, et
- b) sur le plan délictuel, pour déclaration inexacte faite par négligence.



### Collateral Warranty

A collateral warranty is a contract collateral to the primary agreement. Its existence must be established, as in the case of any other contract, by proof of an intention to contract. In Anson's *Law of Contract* (25th ed.), the following passage appears at p. 126:

But all of these factors are at best only secondary guides and they are subsidiary to the main test of *contractual intention*, that is, whether there is evidence of an intention by one or both parties that there should be contractual liability in respect of the accuracy of the statement. The question therefore is: On the totality of evidence, must the person making the statement be taken to have *warranted* its accuracy, i.e. promised to make it good? This overriding principle was laid down in *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton* [[1913] A.C. 30]:

The respondent telephoned the appellants' agent and said 'I understand you are bringing out a rubber company'. The reply was 'We are'. The respondent asked for a prospectus, and was told there were none available. He then asked 'if it was all right', and the agent replied 'We are bringing it out'. On the faith of this, the respondent bought shares which turned out to be of little value. The company was not accurately described as 'a rubber company', although this assurance had not been given in bad faith. The respondent claimed damages for breach of contract.

The House of Lords held that no breach of contract had been committed. There had been merely a representation and no warranty. There was no intention on the part of either or both of the parties that there should be a contractual liability in respect of the accuracy of the statement.

In his judgment in that case, Lord Moulton, at p. 47, said this:

It is evident, both on principle and on authority, that there may be a contract the consideration for which is the making of some other contract. "If you will make such and such a contract I will give you one hundred pounds," is in every sense of the word a complete legal contract. It is collateral to the main contract, but each has an independent existence, and they do not differ in respect of their possessing to the full the character and status of a contract. But such collateral contracts must from their very nature be rare. The effect of a collateral

### Garantie accessoire

Une garantie accessoire est un contrat accessoire à un contrat principal. Il faut en établir l'existence, comme dans le cas de tout autre contrat, par la preuve d'une intention de se lier par contrat. Le passage suivant figure à la p. 126 de l'ouvrage de Anson, *Law of Contract* (25<sup>e</sup> éd.):

[TRADUCTION] Mais, au mieux, tous ces facteurs ne sont que des indications secondaires et ils sont accessoires au critère principal de l'*intention contractuelle*, savoir s'il y a la preuve d'une intention, de la part d'une seule ou des deux parties, qu'il y ait responsabilité contractuelle quant à l'exactitude de la déclaration. La question est donc: suivant l'ensemble de la preuve, peut-on dire que la personne qui a fait la déclaration en a *garanti* l'exactitude, c.-à-d. promis réparation si elle est inexacte? Ce principe primordial a été énoncé dans l'arrêt *Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton* [[1913] A.C. 30]:

L'intimé a téléphoné au représentant de l'appelante et lui a dit «Si je comprends bien, vous lancez une société de fabrication de caoutchouc». On lui a répondu «Oui». L'intimé a demandé un prospectus et on lui a dit qu'on n'en avait pas. Il a alors demandé «si tout allait bien» et le représentant a répondu «Nous la lançons». Sur la foi de ceci, l'intimé a acheté des actions qui se sont révélées de peu de valeur. La société n'était pas décrite précisément comme «une société de fabrication de caoutchouc», bien que cette assurance n'ait pas été donnée de mauvaise foi. L'intimé a réclamé des dommages-intérêts pour violation de contrat.

La Chambre des lords a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de contrat. Il y avait eu simplement une déclaration et non une garantie. Il n'y avait aucune intention, de la part d'une seule ou des deux parties, qu'il y ait responsabilité contractuelle quant à l'exactitude de la déclaration.

Dans les motifs de son jugement dans cet arrêt, lord Moulton dit, à la p. 47:

[TRADUCTION] Suivant les principes et la jurisprudence, il est évident qu'il peut y avoir un contrat dont la contrepartie est la création d'un autre contrat. «Si vous passez tel et tel contrat, je vous donnerai cent livres,» constitue, dans le plein sens du mot, un contrat légal complet. Il est accessoire au contrat principal, mais chacun a son existence propre et ils ne sont pas différents, ayant pleinement le caractère et le statut d'un contrat. Mais de par leur essence même, ces contrats accessoires doivent être rares. L'effet d'un contrat acces-

contract such as that which I have instanced would be to increase the consideration of the main contract by 100£, and the more natural and usual way of carrying this out would be by so modifying the main contract and not by executing a concurrent and collateral contract. Such collateral contracts, the sole effect of which is to vary or add to the terms of the principal contract, are therefore viewed with suspicion by the law. They must be proved strictly. Not only the terms of such contracts but the existence of an animus contrahendi on the part of all the parties to them must be clearly shewn. Any laxity on these points would enable parties to escape from the full performance of the obligations of contracts unquestionably entered into by them and more especially would have the effect of lessening the authority of written contracts by making it possible to vary them by suggesting the existence of verbal collateral agreements relating to the same subject-matter.

This passage was accepted by this Court as a statement of the law in *Hawrish v. Bank of Montreal*, [1969] S.C.R. 515, at p. 520.

In my opinion there is no evidence in the present case to establish an intention to warrant the accuracy of the statement made by the C.P.R. employee to Fielding, *i.e.* no promise to make it good.

The circumstances in which the statement concerning the volume of rock excavation was made to Fielding are described in his evidence, to which some reference has already been made. He visited the C.P.R. offices at Sudbury. The evidence shows that Mr. Johnson, the division engineer, was not present at that time. Fielding's recollection was that four C.P.R. employees were present, including Mr. Bonguard, who was Johnson's assistant. The others he described as "just office staff or working in the engineering Department. Their classification I don't know".

Fielding testified that he asked for soil reports and cross-sections. The following questions and answers then appear in the transcript:

Q. Yes. Now, when you made that request, what, if anything, was said and by whom?

A. Mr. Bonguard said that their cross-sections were not available and I then stated that if they were

soire comme celui que j'ai cité en exemple serait d'augmenter de 100 £ la contrepartie du contrat principal et la façon de procéder la plus naturelle et normale serait de modifier en ce sens le contrat principal et non de signer un contrat parallèle et accessoire. En conséquence, la loi considère avec méfiance ces contrats accessoires dont le seul effet est de modifier les conditions du contrat principal ou d'y ajouter quelque chose. Ils doivent être prouvés de façon stricte. Il faut établir clairement non seulement les conditions de ces contrats mais aussi l'existence, chez toutes les parties, de l'intention de se lier par contrat. Toute imprécision sur ces points permettrait aux parties d'échapper à la parfaite exécution des obligations de contrats qu'elles ont incontestablement conclus et, en particulier, aurait pour effet d'atténuer la valeur des contrats écrits en offrant la possibilité de les modifier en évoquant l'existence d'engagements verbaux accessoires portant sur le même sujet.

Dans l'arrêt *Hawrish c. Banque de Montréal*, [1969] R.C.S. 515, à la p. 520, cette Cour a reconnu que ce passage énonce le droit applicable.

A mon avis, il n'y a en l'espèce aucun élément de preuve qui établit une intention de garantir l'exactitude de la déclaration faite à Fielding par un employé du C.P., c'est-à-dire aucune promesse de réparation si elle est inexacte.

Les circonstances dans lesquelles la déclaration concernant le volume de roc à déplacer a été faite à Fielding sont exposées dans son témoignage que j'ai déjà mentionné. Il s'est rendu aux bureaux du C.P. à Sudbury. La preuve révèle que M. Johnson, l'ingénieur divisionnaire, n'était pas présent à ce moment. Fielding se rappelle qu'il y avait quatre employés du C.P., dont M. Bonguard qui était l'adjoint de M. Johnson. Il décrit les autres comme étant [TRADUCTION] «simplement des employés de bureau ou des employés du service technique. Je ne connais pas leur classification».

Fielding a témoigné qu'il a demandé des rapports d'étude du sol et des coupes transversales. La transcription de son témoignage fait alors état des questions et réponses suivantes:

[TRADUCTION] Q. Oui. Maintenant, quand vous avez fait cette demande, qui a dit quoi, si tel est le cas?

R. M. Bonguard a dit que leurs coupes transversales n'étaient pas disponibles et j'ai alors dit que si elles

not available, we would not be able to submit a tender.

Q. Yes?

A. I then asked them if they had a volume themselves of rock excavation; that at that time he volunteered a figure of 7,000, 7,500 cubic yards of rock involved in the contract. <sup>a</sup>

Subsequent evidence disclosed that Bonguard was absent on his holidays on the date in question. On cross-examination, Fielding said that he had assumed one of the men present was Bonguard, whom he did not know at that time. If the information did not emanate from Bonguard, he said, it must have been from one of the men in the engineering office. <sup>b</sup>

There is no evidence from Fielding that any warranty of the accuracy of the information he received was given to him and Carman made no request for such warranty. Certainly there was no express warranty and, in view of the uncertainty as to the source of the information, I do not see how there could be an implied warranty by C.P.R. <sup>c</sup>

Even apart from the provisions of clause 3.1 of the contract, I would have had difficulty in finding that the intent to make a collateral warranty had been proved. The existence of that clause, in the circumstances of this case, precludes any finding of the existence of a collateral warranty. <sup>d</sup>

That clause provided that Carman did not rely upon any information or statement made to it in relation to the work by C.P.R. A copy of the proposed agreement had been received by Carman and Fielding had read clause 3.1 prior to his visit to the C.P.R. offices at Sudbury. He was aware that if Carman tendered successfully and a contract was executed, it would contain clause 3.1. As the majority of the Court of Appeal has said: <sup>e</sup>

The plaintiff was aware of these provisions before it approached the defendant's employees seeking information as to the quantity of rock to be removed. It knew that this precise matter was dealt with in clear and unambiguous terms in the contract on which it was tendering. Indeed, the provisions were clearly meant for the sole purpose of ensuring that, if prospective bidders got any information on this subject from the defendant's <sup>f</sup>

ne l'étaient pas, il nous ne serait impossible de faire une offre.

Q. Oui?

R. Je leur ai alors demandé s'ils connaissaient le volume de roc à déplacer; il a alors avancé les chiffres de 7,000, 7,500 verges cubes de roc pour ce contrat.

La preuve a révélé ensuite que Bonguard était en vacances à la date en question. En contre-interrogatoire, Fielding a dit qu'il avait présumé que l'un des hommes présents était Bonguard, qu'il ne connaissait pas à l'époque. Si le renseignement ne venait pas de Bonguard, a-t-il dit, il devait venir d'un des hommes présents dans le bureau du service technique. <sup>g</sup>

Fielding n'a pas fait la preuve qu'on lui a garanti l'exactitude du renseignement qu'il a reçu et Carman n'a demandé aucune garantie en ce sens. Il n'y a certainement eu aucune garantie expresse et, compte tenu de l'incertitude quant à la source de ce renseignement, je ne vois pas comment il pourrait avoir une garantie implicite de la part du C.P. <sup>h</sup>

Même en l'absence des dispositions de la clause 3.1 du contrat, j'aurais pu difficilement conclure que l'intention d'accorder une garantie accessoire a été établie. La présence de cette clause, dans les circonstances en l'espèce, empêche de conclure à l'existence d'une garantie accessoire. <sup>i</sup>

Cette clause stipulait que Carman ne se fiait à aucun des renseignements que le C.P. lui a donné ni à aucune déclaration qu'il lui a faite concernant les travaux. Carman avait reçu une copie du projet de contrat et Fielding avait lu la clause 3.1 avant de se rendre aux bureaux du C.P. à Sudbury. Il savait que si la soumission de Carman était acceptée et qu'un contrat était signé, la clause 3.1 y figurerait. Comme l'a dit la Cour d'appel à la majorité: <sup>j</sup>

[TRADUCTION] La demanderesse était au courant de ces dispositions avant de communiquer avec les employés de la défenderesse pour obtenir des renseignements quant au volume de roc à déplacer. Elle savait que cette question précise était traitée clairement et sans ambiguïté dans le contrat pour lequel elle faisait une offre. En fait, il est évident que ces dispositions avaient pour seul but d'assurer que, si les soumissionnaires éventuels

employees, they would be relying upon it at their own risk.

In the light of these circumstances, I do not see how it could be held that a collateral warranty existed as to the volume of rock to be removed.

There is an additional ground for denying the existence of a collateral warranty. Such a warranty, if it existed, would contradict the express terms of the contract as contained in clause 3.1. This Court has held in *Hawrish v. Bank of Montreal*, (*supra*), that a collateral agreement cannot be established where it is inconsistent with or contradicts the written agreement.

The *Hawrish* case was followed on this point by this Court recently in the case of *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, at p. 113.

The appellant relied heavily on the case of *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5. In that case Esso sued for possession of premises, rent in arrears and mesne profits under a lease by it to Mardon of a service station. Mardon counterclaimed for damages on the ground that Esso had induced him to enter into the lease by falsely representing the potential sales capacity of the service station. It was found as a fact that the estimates given to Mardon by Esso had been made negligently, that they had been given to him to induce him to enter into the lease and that he had been induced to do so because of the estimates. The Court of Appeal found, on the evidence, that there was a warranty that the forecast was sound.

Apart from a number of factual differences between that case and the present one, the essential difference is that in the *Esso* case the lease agreement did not contain any provision similar to clause 3.1 of the agreement in this case.

For these reasons, it is my opinion that the claim of Carman for damages for breach of a collateral warranty fails.

obtenaient des employés de la défenderesse des renseignements à cet égard, ils s'y fieraient à leurs propres risques.

Dans ces circonstances, je ne vois pas comment on pourrait conclure qu'il y avait une garantie accessoire quant au volume de roc à déplacer.

Il y a une autre raison de nier l'existence d'une garantie accessoire. Si elle existait, cette garantie contredirait les termes exprès du contrat énoncés à la clause 3.1. Dans l'arrêt *Hawrish c. Banque de Montréal*, précité, cette Cour a conclu qu'un contrat accessoire ne peut être établi s'il est incompatible avec le contrat écrit ou s'il le contredit.

L'arrêt *Hawrish* a été suivi sur ce point par l'arrêt récent de cette Cour, *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102, à la p. 113.

L'appelante invoque avec insistance l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5. Dans cette affaire, Esso a intenté une action en reprise de possession d'un local, recouvrement d'arrérages de loyers et de bénéfices retirés pendant la possession en vertu de la location d'une station-service qu'elle avait consentie à Mardon. Dans une demande reconventionnelle, Mardon a réclamé des dommages-intérêts pour le motif qu'Esso l'avait incité à signer le bail en lui représentant faussement le volume des ventes possibles de la station-service. On a conclu que les estimations qu'Esso avait fournies à Mardon avaient été faites de façon négligente, qu'elles lui avaient été données pour l'inciter à signer le bail et qu'il avait été incité à le faire en raison de ces estimations. La Cour d'appel a conclu, en fonction de la preuve, à l'existence d'une garantie que ces estimations étaient exactes.

Outre un certain nombre de différences sur le plan des faits entre cette affaire et le présent cas, la différence essentielle est que, dans l'affaire *Esso*, le bail ne comportait aucune disposition analogue à la clause 3.1 qui figure au contrat en l'espèce.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la réclamation en dommages-intérêts de Carman fondée sur la violation d'une garantie accessoire échoue.

### Negligent Misrepresentation

The appellant also founded its claim on the basis of negligent misrepresentation as defined in the principles laid down by the House of Lords in *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575. Those principles are summarized in the headnote to the report of the case in the All England Reports, as follows:

If, in the ordinary course of business or professional affairs, a person seeks information or advice from another, who is not under contractual or fiduciary obligation to give the information or advice, in circumstances in which a reasonable man so asked would know that he was being trusted, or that his skill or judgment was being relied on, and the person asked chooses to give the information or advice without clearly so qualifying his answer as to show that he does not accept responsibility, then the person replying accepts a legal duty to exercise such care as the circumstances require in making his reply; and for a failure to exercise that care an action for negligence will lie if damage results . . .

The facts in that case were that the appellants were advertising agents who had placed forward advertising orders for a company, on terms by which the appellants were personally liable for the cost of the orders. They asked their bankers to inquire into the company's financial stability. The bankers made inquiry of the respondents, who were the company's bankers. The first request was by telephone. A note of the conversation made by the respondents and accepted as accurate said: "They wanted to know in confidence, and without responsibility on our part, the respectability and standing of Easipower, Ltd."

At a later date, the bankers made a further similar inquiry, in writing, asking "whether you consider them trustworthy, in the way of business, to the extent of £100,000 per annum advertising contract". The respondents' reply was headed "CONFIDENTIAL" and said: "For your private use and without responsibility on the part of the bank or its officials." It stated, *inter alia*, that E.

### Déclaration inexacte faite par négligence

L'appelante a aussi fondé sa réclamation sur une déclaration inexacte faite par négligence, telle que définie dans les principes énoncés par la Chambre des lords dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd.*, [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575. Ces principes sont résumés comme suit dans le sommaire de l'arrêt dans les All England Reports:

[TRADUCTION] Si, dans le cours normal des affaires ou de l'exercice d'une profession, une personne demande un renseignement ou un conseil à une autre personne qui n'a aucune obligation contractuelle ou fiduciaire de donner le renseignement ou le conseil, dans des circonstances où un homme raisonnable ainsi interrogé saurait qu'on lui fait confiance ou qu'on se fie à sa compétence ou à son jugement, et que la personne interrogée choisit de donner le renseignement ou le conseil sans apporter de réserve claire à sa réponse de manière à indiquer qu'il n'assume aucune responsabilité, alors la personne qui donne une réponse assume une obligation légale d'apporter à sa réponse la diligence que requièrent les circonstances; et s'il omet d'apporter la diligence requise, une action fondée sur la négligence pourra être intentée s'il en résulte un préjudice . . .

Suivant les faits dans cette affaire, les appelants étaient des agents de publicité qui avaient passé des commandes de publicité pour une société, à des conditions suivant lesquelles les appelants étaient personnellement responsables du coût des commandes. Ils ont demandé à leurs banquiers de se renseigner sur la situation financière de la société. Les banquiers se sont informés auprès des intimées qui étaient les banquiers de la société. La première demande a été faite par téléphone. Une note de la conversation rédigée par les intimées et reconnue comme exacte disait: [TRADUCTION] «Ils voulaient savoir confidentiellement et sous toutes réserves de notre part, si Easipower, Ltd. était une entreprise respectable et quelle était sa situation.»

Plus tard, les banquiers ont posé une autre question semblable, cette fois par écrit, dans laquelle ils demandaient [TRADUCTION] «si vous la considérez digne de confiance, en affaires, pour un contrat de publicité de 100,000 £ par an». La réponse des intimées portait la mention [TRADUCTION] «CONFIDENTIEL» et disait [TRADUCTION] «Pour votre usage personnel et sous toutes

Ltd. was a "Respectably constituted company, considered good for its ordinary business engagements. Your figures are larger than we are accustomed to see."

The bank communicated these replies to its customers. The appellants relied on the information. They lost over £17,000 when Easipower went into liquidation. They sued the respondents for negligent misrepresentation.

The House of Lords decided that while the circumstances might have given rise to a duty of care, in the absence of the disclaimers, the disclaimer of responsibility precluded the implication of such duty.

In the course of his reasons, Lord Reid said at p. 486 of the Appeal Cases:

A reasonable man, knowing that he was being trusted or that his skill and judgment were being relied on, would, I think, have three courses open to him. He could keep silent or decline to give the information or advice sought: or he could give an answer with a clear qualification that he accepted no responsibility for it or that it was given without that reflection or inquiry which a careful answer would require: or he could simply answer without any such qualification. If he chooses to adopt the last course he must, I think, be held to have accepted some responsibility for his answer being given carefully, or to have accepted a relationship with the inquirer which requires him to exercise such care as the circumstances require.

Lord Hodson said at p. 511:

Was there, then, a special relationship here? I cannot exclude from consideration the actual terms in which the reference was given and I cannot see how the appellants can get over the difficulty which these words put in their way. They cannot say that the respondents are seeking, as it were, to contract out of their duty by the use of language which is insufficient for the purpose, if the truth of the matter is that the respondents never assumed a duty of care nor was such a duty imposed upon them.

réserves de la part de la banque ou de ses fonctionnaires». Elle portait notamment que E. Ltd. était une [TRADUCTION] «Compagnie honorablement constituée, considérée apte à faire face à ses engagements commerciaux ordinaires. Les montants que vous mentionnez sont plus importants que ceux que nous avons l'habitude de voir.»

La banque a communiqué ces réponses à ses clients. Les appelants se sont fiés à ces renseignements. Ils ont perdu plus de 17,000 £ lorsque Easipower a été mise en faillite. Ils ont intenté contre les intimés des poursuites fondées sur des déclarations inexactes faites par négligence.

La Chambre des lords a décidé que même si les circonstances auraient pu engendrer une obligation de diligence en l'absence des dénégations de responsabilité, la dénégation de responsabilité empêchait de supposer l'existence de cette obligation.

Dans les motifs de sa décision, lord Reid dit, à la p. 486 des Appeal Cases:

[TRADUCTION] Un homme raisonnable qui sait qu'on lui fait confiance ou qu'on se fie à son habileté ou à son jugement, pourrait choisir, à mon avis, entre les trois partis suivants. Il pourrait ne rien dire ou refuser de donner le renseignement ou le conseil demandé; ou il pourrait répondre avec la réserve bien claire qu'il n'assume aucune responsabilité à cet égard ou qu'il n'y a pas consacré le temps de réflexion ou de recherche que nécessiterait une réponse minutieuse; ou encore, il pourrait tout simplement répondre sans apporter pareille réserve. S'il prend le troisième parti, on doit, à mon avis, présumer qu'il a accepté d'assumer une certaine responsabilité quant à l'exactitude de sa réponse ou qu'il a accepté la formation d'une certaine relation avec l'autre partie, relation qui l'oblige à exercer la diligence requise par les circonstances.

Lord Hodson dit, à la p. 511:

[TRADUCTION] Y avait-il alors une relation particulière en l'espèce? Je ne puis passer sous silence les termes exacts dans lesquels l'information a été donnée et je ne puis voir comment les appelants peuvent surmonter la difficulté que leur posent ces mots. Ils ne peuvent pas dire que les intimés cherchent, comme c'était le cas, à se dégager de leur obligation en utilisant un langage insuffisant à cette fin, s'il est vrai que les intimés n'ont jamais assumé une obligation de diligence et que cette obligation ne leur a pas été imposée.

At p. 533 Lord Devlin said:

A man cannot be said voluntarily to be undertaking a responsibility if at the very moment when he is said to be accepting it he declares that in fact he is not. The problem of reconciling words of exemption with the existence of a duty arises only when a party is claiming exemption from a responsibility which he has already undertaken or which he is contracting to undertake.

Finally, Lord Pearce said, at p. 540:

But in any event they clearly prevent a special relationship from arising. They are part of the material from which one deduces whether a duty of care and a liability for negligence was assumed. If both parties say expressly (in a case where neither is deliberately taking advantage of the other) that there shall be no liability, I do not find it possible to say that a liability was assumed.

In the *Hedley Byrne* case the decision was that the disclaimer of responsibility for the persons alleged to be liable for negligent misrepresentation, communicated to the other party, excluded the assumption of a duty of care. I regard the wording of clause 3.1 of the agreement as having the like effect. The judgment at trial dealt with the situation on the basis that negligent misrepresentation had been established, but that clause 3.1 was an exemption clause which exempted C.P.R. from liability. In the circumstances of this case, I would prefer to regard the clause as establishing that C.P.R. did not assume any duty of care, and a claim in negligence will not arise in the absence of a duty of care.

I reach this conclusion in the light of the facts to which I have already referred in dealing with the issue of collateral warranty. Carman was made aware, when Fielding received the tender documents, and read and understood clause 3.1, that if it entered into an agreement with C.P.R. it was doing so on its own knowledge as to the quantities of material to be removed and that it would not rely upon any information or statement made to it by C.P.R. in relation to the work. Fielding was aware of this when he sought information from a C.P.R. employee. He knew that if information was

Lord Devlin dit, à la p. 533:

[TRADUCTION] On ne peut dire qu'un homme assume volontairement une responsabilité si au moment où on dit qu'il l'assume, il déclare qu'en fait il ne l'assume pas.

*a* La difficulté de concilier des termes d'exonération avec l'existence d'une obligation se pose uniquement lorsqu'une partie demande d'être exonérée d'une responsabilité qu'elle a déjà assumée ou qu'elle s'engage par contrat à assumer.

*b* Enfin, lord Pearce dit, à la p. 540:

[TRADUCTION] Mais en tout état de cause, il est évident qu'ils empêchent l'établissement d'une relation particulière. Ils font partie des faits à partir desquels on déduit si une obligation de diligence et une responsabilité pour cause de négligence ont été assumées. Si les deux parties disent expressément (dans un cas où aucune des parties n'exploite délibérément l'autre) qu'il n'y aura pas de responsabilité, je crois qu'il est impossible d'affirmer qu'une responsabilité a été assumée.

*c* Dans l'affaire *Hedley Byrne*, on a décidé que la dénégation de responsabilité relative aux personnes auxquelles on imputait une responsabilité en raison d'une déclaration inexacte faite par négligence à l'autre partie, excluait l'hypothèse d'une obligation de diligence. J'estime que les termes de la clause 3.1 du contrat ont le même effet. Le jugement de première instance a traité la situation en tenant pour acquis que l'existence d'une déclaration inexacte faite par négligence avait été établie, mais que la clause 3.1 était une clause d'exonération qui dégageait le C.P. de toute responsabilité. Dans les circonstances en l'espèce, je préfère considérer que cette clause établit que le C.P. n'a assumé aucune obligation de diligence et, en l'absence d'une obligation de diligence, il ne peut y avoir de réclamation fondée sur la négligence.

*d* J'arrive à cette conclusion compte tenu des faits que j'ai déjà mentionnés en traitant la question de la garantie accessoire. Lorsque Fielding a reçu les documents de soumission et qu'il a lu et saisi la clause 3.1, Carman a été informée que si elle se liait par contrat avec le C.P., elle le ferait suivant sa propre connaissance du volume de roc à déplacer et qu'elle ne devrait se fier à aucun renseignement ni à aucune déclaration du C.P. relativement aux travaux. Fielding le savait lorsqu'il a demandé des renseignements à un employé du C.P. Il savait que s'il obtenait un renseignement, Carman ne

obtained, Carman would be relying upon it at its own risk. In my opinion, on the facts of this case, a duty of care on the part of C.P.R. in respect of information provided by its employee never arose provided the information was given honestly. The trial judge has found that the misrepresentation made to Carman was made innocently without intent to defraud.

There was a good deal of argument submitted with respect to contractual provisions exempting a tort-feasor from liability for negligence. As I have already indicated, I do not regard s. 3.1 as being a clause exempting from liability. It is what the Court of Appeal described as a non-reliance provision, the effect of which was to prevent liability arising on the part of C.P.R. in respect of statements made or information given by its employees.

In my opinion Carman's claim based on negligent misrepresentation was properly dismissed.

I would dismiss this appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.*

*Solicitor for the respondents: Katharine F. Braid, Toronto.*

pourrait s'y fier qu'à ses propres risques. A mon avis, d'après les faits en l'espèce, C.P. n'a jamais assumé une obligation de diligence à l'égard du renseignement donné par son employé, pourvu que ce renseignement ait été donné honnêtement. Le juge de première instance a conclu que la déclaration inexacte a été faite à Carman de bonne foi sans intention frauduleuse.

On a longuement débattu la question des dispositions contractuelles qui dégagent l'auteur d'un délit de la responsabilité fondée sur la négligence. Comme je l'ai déjà souligné, je ne considère pas que la clause 3.1 est une clause d'exonération de responsabilité. C'est ce que la Cour d'appel a décrit comme une disposition de protection qui avait pour effet d'empêcher le C.P. d'être tenu responsable des déclarations faites ou des renseignements donnés par ses employés.

A mon avis, la réclamation de Carman fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence a été rejetée à bon droit.

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

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.*

*Procureur des intimées: Katharine F. Braid, Toronto.*



**St. Luc Hospital** *Appellant*;

and

**Roméo Lafrance and the Commission des affaires sociales** *Respondents*.

File No.: 16329.

1982: February 24; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Administrative law — Commission des affaires sociales — Jurisdiction — Writ of evocation — Hospital limiting privileges of physician — Decision reversed by the Commission — Non-renewal extraneous to grounds provided by Act — Whether Commission exceeded its jurisdiction — Reasonable interpretation of s. 92b of Act — Meaning of “having regard to the particular requirements of the hospital centre” — Code of Civil Procedure, art. 846 — Act respecting health services and social services, 1971 (Que.), c. 48, as amended by 1974 (Que.), c. 42, ss. 92, 92a, 92b, 92c.*

*Physicians and surgeons — Hospital — Non-renewal of privileges — Non-renewal extraneous to grounds provided by Act — Code of Civil Procedure, art. 846 — Act respecting health services and social services, 1971 (Que.), c. 48, as amended by 1974 (Que.), c. 42, ss. 92, 92a, 92b, 92c.*

Respondent appealed to the Commission des affaires sociales from a decision by appellant's board of directors limiting his general surgery privileges for 1977 to on call periods and emergency situations. The Commission allowed his appeal on the ground that there had been a refusal to renew the privilege, and that this refusal was not based on one of the criteria contained in s. 92b of the *Act respecting health services and social services*. The Superior Court found that the Commission had exceeded its jurisdiction by reviewing an administrative decision pertaining to the organization and development of medical services, and authorized a writ of evocation to be issued against the Commission's decision. The Court of Appeal reversed this judgment and dismissed the motion for evocation.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Commission des affaires sociales did not exceed the power of review conferred on it by s. 92c of the Act.

**Hôpital St-Luc** *Appelante*;

et

**Roméo Lafrance et la Commission des affaires sociales** *Intimés*.

N° du greffe: 16329.

1982: 24 février; 1982: 23 juin.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>c</sup> *Droit administratif — Commission des affaires sociales — Compétence — Bref d'évocation — Hôpital restreignant les privilèges d'un médecin — Décision infirmée par la Commission — Non renouvellement étranger aux motifs prévus à la Loi — La Commission a-t-elle excédé sa compétence? — Interprétation raisonnable de l'art. 92b de la Loi — Sens de l'expression «eu égard aux exigences propres au centre hospitalier» — Code de procédure civile, art. 846 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1971 (Qué.), chap. 48, modifiée par 1974 (Qué.), chap. 42, art. 92, 92a, 92b, 92c.*

<sup>d</sup> *Médecins et chirurgiens — Hôpital — Non renouvellement de privilèges — Non renouvellement étranger aux motifs prévus à la Loi — Code de procédure civile, art. 846 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1971 (Qué.), chap. 48, modifiée par 1974 (Qué.), chap. 42, art. 92, 92a, 92b, 92c.*

<sup>e</sup> L'intimé a porté en appel devant la Commission des affaires sociales la décision du conseil d'administration de l'appelante restreignant pour l'année 1977 ses privilèges en chirurgie générale aux périodes de garde et aux situations d'urgence. La Commission a accueilli son appel au motif qu'il s'agissait d'un refus de renouvellement de privilèges et que ce refus n'était fondé sur aucun des critères prévus à l'art. 92b de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*. La Cour supérieure pour sa part a statué que la Commission avait excédé sa juridiction en révisant une décision administrative touchant l'organisation et le développement des services médicaux et autorisa la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de la décision de la Commission. La Cour d'appel infirma ce jugement et rejeta la requête en évocation.

<sup>f</sup> *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>g</sup> La Commission des affaires sociales n'a pas excédé le pouvoir de révision que lui confère l'art. 92c de la Loi.

It did not interfere with the administrative powers of the hospital and made no finding on its organization plan. It limited itself simply to the question of whether respondent's privileges had been reduced, and having decided that they were, whether the hospital had relied on one of the grounds authorized by s. 92b. The Commission also did not commit an error of law on the face of the record. Its interpretation of s. 92b (and more specifically of the words "change" and "having regard to the particular requirements of the hospital centre") was not so patently unreasonable that its construction could not be rationally supported by the relevant legislation and so demanded intervention by the Court upon review.

*Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Services de santé—7*, [1976] C.A.S. 460, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1980] C.A. 497, which reversed a judgment of the Superior Court, [1978] C.A.S. 361, directing that a writ of evocation issue against a decision of the Commission des affaires sociales, [1977] C.A.S. 750. Appeal dismissed.

*Claude Tellier, Q.C.*, for the appellant.

*Roger David*, for the respondent Lafrance.

*William J. Atkinson and Marie-Claude Lévesque*, for the respondent the Commission des affaires sociales.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This appeal concerns the renewal of the privileges of a physician practising at a hospital centre, and involves interpreting s. 92b and c of the *Act respecting health services and social services*, 1971 (Que.), c. 48, as amended by 1974 (Que.), c. 42 (now R.S.Q. 1977, c. S-5, ss. 131 and 132). For a fuller understanding, reference may also be made to ss. 92 and 92a (now ss. 129 and 130). These sections read, at the relevant time:

92. A physician or dentist may practise his profession in an establishment upon his appointment by the board of directors; he shall have the status and privileges

Elle ne s'est pas ingérée dans les pouvoirs administratifs de l'hôpital ni prononcée sur son plan d'organisation. Elle s'est simplement préoccupée de savoir si les privilèges de l'intimé étaient diminués et, ayant répondu par l'affirmative, si l'hôpital avait invoqué l'un des motifs autorisés par l'art. 92b. Il n'y a pas eu non plus, de la part de la Commission, d'erreurs de droit apparentes à la lecture du dossier. Son interprétation de l'art. 92b (et plus précisément du mot «changement» et de l'expression «eu égard aux exigences propres au centre hospitalier») ne constitue pas une interprétation déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire.

Jurisprudence: *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Services de santé—7*, [1976] C.A.S. 460.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1980] C.A. 497, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1978] C.A.S. 361, ordonnant la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre d'une décision de la Commission des affaires sociales, [1977] C.A.S. 750. Pourvoi rejeté.

*Claude Tellier, c.r.*, pour l'appelante.

*Roger David*, pour l'intimé Lafrance.

*William J. Atkinson et Marie-Claude Lévesque*, pour l'intimée la Commission des affaires sociales.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi a pour objet le renouvellement des privilèges d'un médecin pratiquant dans un centre hospitalier et porte sur l'interprétation des art. 92b et 92c de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, 1971 (Qué.), chap. 48, telle que modifiée par 1974 (Qué.), chap. 42 (maintenant L.R.Q. 1977, chap. S-5, art. 131 et 132). Pour une meilleure compréhension il convient de référer aussi aux art. 92 et 92a (maintenant art. 129 et 130). Voici ces articles tel qu'ils se lisaient à l'époque pertinente:

92. Un médecin ou dentiste peut exercer sa profession dans un établissement dès sa nomination par le conseil d'administration; il jouit du statut et des privilèges qui

granted him by the board of directors after recommendation of the council of physicians and dentists, if any.

**92a.** A physician or dentist wishing to practise his profession in a hospital centre must send to the general manager a form of application for appointment in accordance with the by-laws.

The committee of examination of titles of the council of physicians and dentists, the composition of which is determined by by-law, shall consider the application of the candidate and shall report to the council of physicians and dentists within 30 days of the receipt of the application by the general manager.

The council of physicians and dentists shall then send a recommendation to the board of directors within the ensuing 30 days.

The board of directors shall send a written decision to the candidate within 90 days of the receipt of the original application by the general manager.

In the case of a hospital centre affiliated with a university, the board of directors shall take the decision after consultation with the university in accordance with the terms of the contract of affiliation.

Any refusal of candidature must be substantiated and be based only on criteria of qualifications, scientific competence or conduct, having regard to the particular requirements of the hospital centre.

**92b.** The renewal or non-renewal of appointment, the change of status or privilege, the reinstatement or the dismissal of a physician or dentist shall be decided by the board of directors after consultation with the council of physicians and dentists. In the case of an establishment affiliated with a university, the board of directors shall also consult the university in accordance with the terms of the contract of affiliation.

Any refusal of renewal of appointment, of status or of privilege, any refusal of reinstatement or any dismissal must be substantiated and be based only on a lack of qualification, on scientific incompetence, negligence, misconduct or non-observance of the by-laws, having regard to the particular requirements of the hospital centre.

**92c.** Any physician or dentist who is not satisfied with a decision rendered in his regard under section 92a or 92b may appeal to the Commission.

He may also appeal to the Commission if more than 90 and less than 180 days have elapsed since his application for appointment was sent in accordance with section 92a and if no decision has been sent to him.

lui sont accordés par le conseil d'administration, après recommandation du conseil des médecins et dentistes s'il y en a un.

**92a.** Un médecin ou dentiste désirant exercer sa profession dans un centre hospitalier doit adresser au directeur général un formulaire de demande de nomination conformément aux règlements.

Le comité d'examen des titres du conseil des médecins et dentistes, dont la composition est déterminée par les règlements, étudie la demande du candidat et fait rapport au conseil des médecins et dentistes dans les 30 jours de la réception de la demande par le directeur général.

Le conseil des médecins et dentistes adresse ensuite dans les 30 jours une recommandation au conseil d'administration.

Le conseil d'administration transmet au candidat une décision écrite dans les 90 jours de la réception de la demande originale par le directeur général.

S'il s'agit d'un centre hospitalier affilié à une université, le conseil d'administration prend la décision après consultation de l'université selon les dispositions du contrat d'affiliation.

Tout refus de candidature doit être motivé et se fonder uniquement sur des critères de qualification, de compétence scientifique ou de comportement, eu égard aux exigences propres au centre hospitalier.

**92b.** Le renouvellement ou non-renouvellement de nomination, le changement de statut ou de privilège, la réinstallation ou le congédiement d'un médecin ou dentiste est décidé par le conseil d'administration après consultation du conseil des médecins et dentistes. S'il s'agit d'un établissement affilié à une université, le conseil d'administration consulte en outre l'université selon les dispositions du contrat d'affiliation.

Tout refus du renouvellement de nomination, de statut ou de privilège, tout refus de réinstallation ou tout congédiement doit être motivé et se fonder uniquement sur le défaut de qualification, l'incompétence scientifique, la négligence, l'inconduite ou l'inobservance des règlements, eu égard aux exigences propres au centre hospitalier.

**92c.** Tout médecin ou dentiste qui n'est pas satisfait d'une décision rendue à son sujet en vertu des articles 92a ou 92b peut en appeler à la Commission.

Il peut en outre en appeler à la Commission si plus de 90 et moins de 180 jours se sont écoulés depuis que sa demande de nomination a été adressée conformément au premier alinéa de l'article 92a et si aucune décision ne lui a été transmise.

Respondent, Dr. Roméo Lafrance, appealed pursuant to s. 92c to the Commission des affaires sociales [social affairs commission] from a decision by the board of directors of the Hôpital St-Luc to renew his digestive surgery privileges for 1977, but limit his general surgery privileges [TRANSLATION] “to on call periods” and “to emergency situations”.

I should mention that Dr. Lafrance’s qualifications, scientific competence, conduct and behaviour are not in any way at issue. His qualifications and competence were admitted at the outset, and in its submission the hospital wrote: [TRANSLATION] “As appellant stated, this was true and continues to be true: no personal complaint was made against respondent Lafrance, . . .” That is not the issue.

Dr. Lafrance began practising in the hospital’s general surgery department on February 1, 1964.

Until 1977 his privileges were always recognized in the area of general surgery. For 1976 he was given the following status and privileges: [TRANSLATION] “an active member of the Council of Physicians and Dentists in the department of surgery with privileges in general surgery”. In 1965, however, the surgeons undertook on their own to practise in their individual specialties, without giving up general surgery. In the case of Dr. Lafrance it was established that before 1977 he practised digestive surgery 95 per cent of the time while continuing to handle other cases the remaining 5 per cent of his time.

In 1973 specialized practice brought about the creation of four services, officially recognized by the hospital’s board of directors, in the department of general surgery:

- liver and pancreas surgery service;
- digestive surgery service;
- oncological surgery service;
- thoracic and vascular surgery service.

The *Act respecting health services and social services* (*supra*) was amended in 1974, 1974 (Que.), c. 42, in particular by the addition of s.

L’intimé, le docteur Roméo Lafrance, a, suivant l’art. 92c, porté en appel devant la Commission des affaires sociales la décision du conseil d’administration de l’Hôpital St-Luc de renouveler pour l’année 1977 ses privilèges en chirurgie digestive, mais en restreignant ses privilèges en chirurgie générale «aux périodes de garde» et «aux situations d’urgence».

Je précise que la qualification, la compétence scientifique, la conduite et le comportement du Dr Lafrance ne sont nullement en cause. Ses qualifications et sa compétence ont été admises dès le départ et l’hôpital écrit dans son mémoire: «Comme l’appelante l’avait déclaré, c’était vrai et ce l’est encore, aucun grief personnel n’était adressé à l’intimé Lafrance, . . .» Là n’est pas le débat.

Le Dr Lafrance a commencé d’exercer au département de chirurgie générale de l’hôpital le 1<sup>er</sup> février 1964.

Jusqu’à l’année 1977 ses privilèges ont toujours été reconnus comme de chirurgie générale. C’est ainsi que pour l’année 1976 il s’était vu conférer le statut et les privilèges suivants: «membre actif du Conseil des médecins et dentistes au sein du département de chirurgie avec privilèges en chirurgie générale». Dès 1965 cependant, les chirurgiens avaient de leur propre chef entrepris d’exercer chacun dans sa spécialité particulière, sans pour autant écarter la chirurgie générale. Dans le cas du Dr Lafrance il est constant qu’avant 1977 il pratiquait la chirurgie digestive dans une proportion de 95 pour 100 tout en continuant à s’occuper d’autres cas dans une proportion de 5 pour 100.

En 1973 la pratique par spécialité entraîna la création de quatre services officiellement reconnus par le conseil d’administration de l’hôpital, au sein du département de chirurgie générale:

- service de chirurgie du foie et du pancréas,
- service de chirurgie digestive,
- service de chirurgie oncologique,
- service de chirurgie thoracique et vasculaire;

La *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (précitée) fut modifiée en 1974, 1974 (Qué.), chap. 42, notamment par l’addition des

43a, b and c (now ss. 69, 70 and 71) and the amendment of s. 70 (now s. 105), imposing on the general manager of a hospital centre a duty to prepare and submit to the board of directors for approval an organization plan of the establishment, which was then to be submitted to the Minister of Social Affairs for approval. This plan was to describe the administrative structures of the establishment, its divisions, services and departments. Accordingly, on December 18, 1974 an organization plan was adopted replacing the general surgery department with an enlarged surgery department comprising the four services mentioned above and several other services.

On September 22, 1976 the hospital's board of directors adopted the following resolution:

[TRANSLATION] Further to the recommendation of the executive committee of the Council of Physicians and Dentists, dated August 25, the board of directors approves the organization, in the surgery department, of the following four (4) services:

- liver and pancreas surgery service;
- digestive surgery service;
- oncological surgery service;
- thoracic and vascular surgery service.

The board of directors further accepts, while reserving the right subsequently to amend them if necessary, the recommendations of the executive that specific privileges be granted to the members of each of these services, and that the activities of surgeons in these services be limited exclusively to the functions of the service to which they belong, except for on call periods or emergency situations.

Then, on December 22, 1976, the board of directors adopted a resolution to determine the status and privileges of physicians for 1977. This resolution includes a list of names, with opposite each name the status of the member, the department and the privileges. Dr. Lafrance is listed as follows:

[TRANSLATION]

| <u>Name</u>     | <u>Member</u> | <u>Department</u> | <u>Privileges</u> |
|-----------------|---------------|-------------------|-------------------|
| ...             |               |                   |                   |
| Lafrance, Roméo | Active        | Surgery           | Digestive surgery |

art. 43a, 43b et 43c (maintenant art. 69, 70 et 71) et la modification de l'art. 70 (maintenant art. 105), imposant au directeur général d'un centre hospitalier l'obligation de préparer et de faire approuver par le conseil d'administration un plan d'organisation de l'établissement pour ensuite le soumettre à l'approbation du ministre des affaires sociales. Ce plan doit décrire, en particulier, les structures administratives de l'établissement, ses directions, services et départements. C'est ainsi que fut adopté un plan d'organisation le 18 décembre 1974 remplaçant le département de chirurgie générale par un département de chirurgie élargi comprenant les quatre services déjà mentionnés et plusieurs autres services.

Le 22 septembre 1976, le conseil d'administration de l'hôpital adoptait la résolution suivante:

*d* Suite à la recommandation du comité exécutif du Conseil des médecins et dentistes datée du 25 août, le conseil d'administration approuve l'organisation, au sein du département de chirurgie des quatre (4) services suivants:

- e* —service de chirurgie du foie et du pancréas
- service de chirurgie digestive
- service de chirurgie oncologique
- service de chirurgie thoracique et vasculaire

*f* Le conseil d'administration accepte aussi, tout en se réservant le droit de les modifier par la suite si nécessaire, les recommandations de l'Exécutif à l'effet que des privilèges spécifiques soient accordés aux membres de chacun de ces services et que les activités des chirurgiens de ces services soient restreintes aux seuls cadres du service auquel ils appartiennent, à l'exception des périodes de garde ou pour les situations d'urgence.

*h* Puis le 22 décembre 1976, le conseil d'administration adoptait une résolution afin de déterminer le statut et les privilèges des médecins pour l'année 1977. Cette résolution comprend une liste nominative avec en regard de chaque nom le statut de membre, le département et les privilèges. La mention du Dr. Lafrance est comme suit:

| <u>Nom</u>      | <u>Membre</u> | <u>Département</u> | <u>Privilèges</u>   |
|-----------------|---------------|--------------------|---------------------|
| ...             |               |                    |                     |
| Lafrance, Roméo | Actif         | Chirurgie          | Chirurgie digestive |

A note at the bottom of the list indicates that the general surgery privileges only apply during on call periods. As appears from the resolution of September 22, 1976, general surgery privileges also extend to emergency situations.

In accordance with the resolution of December 22, 1976, the general manager advised Dr. Lafrance in a circular letter of the privileges he was granted for 1977, and the latter appealed to the Commission des affaires sociales, alleging that his privileges in general surgery had been withheld without cause.

In accordance with the second paragraph of s. 92*b*, the Commission [1977] C.A.S. 750 concluded that there had been a refusal to renew the privilege, that this refusal was not based "on a lack of qualification, on scientific incompetence, negligence, misconduct or non-observance of the by-laws, having regard to the particular requirements of the hospital centre"; it allowed the appeal and reversed the decision of the board of directors, ordering that the privileges held by Dr. Lafrance in the previous year should be renewed for 1977.

The hospital challenged this decision by a motion in the Superior Court for a writ of evocation pursuant to art. 846 *C.C.P.* which reads:

**846.** The Superior Court may, at the demand of one of the parties, evoke before judgment a case pending before a court subject to its superintending and reforming power, or revise a judgment already rendered by such court, in the following cases:

1. when there is want or excess of jurisdiction;
2. when the enactment upon which the proceedings have been based or the judgment rendered is null or of no effects;
3. when the proceedings are affected by some gross irregularity, and there is reason to believe that justice has not been, or will not be done;
4. when there has been a violation of the law or an abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice.

However, in the cases provided in paragraphs 2, 3 and 4 above, the remedy lies only if, in the particular case,

Une note au pied de la liste indique que les privilèges en chirurgie générale ne s'appliquent que durant les périodes de garde. Comme il appert de la résolution du 22 septembre 1976, les privilèges en chirurgie générale s'étendent aussi aux situations d'urgence.

Conformément à la résolution du 22 décembre 1976, le directeur général avisa le Dr Lafrance par lettre circulaire des privilèges qui lui étaient reconnus pour l'année 1977, d'où l'appel de ce dernier à la Commission des affaires sociales alléguant le non-renouvellement sans motif de ses privilèges en chirurgie générale.

Se fondant sur le deuxième alinéa de l'art. 92*b*, la Commission [1977] C.A.S. 750 a estimé qu'il s'agissait d'un refus de renouvellement de privilège, que ce refus n'était pas fondé «sur le défaut de qualification, l'incompétence scientifique, la négligence, l'inconduite ou l'inobservance des règlements, eu égard aux exigences propres au centre hospitalier», et accueillant l'appel elle a infirmé la décision du conseil d'administration et décrété pour l'année 1977 le renouvellement des privilèges que le Dr Lafrance détenait au cours de l'année antérieure.

A l'encontre de cette décision l'hôpital s'adressa à la Cour supérieure pour obtenir l'émission d'un bref d'évocation en vertu de l'art. 846 *C.p.c.* qui se lit:

**846.** La Cour supérieure peut, à la demande d'une partie, évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou reviser le jugement déjà rendu par tel tribunal:

1. dans le cas de défaut ou d'excès de juridiction;
2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;
3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra pas être rendue;
4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante.

Toutefois, ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les

the judgments of the court seized with the proceeding are not susceptible of appeal.

The Superior Court [1977] C.A.S. 361 found that the Commission des affaires sociales had exceeded its jurisdiction and it authorized a writ of evocation to be issued. The relevant passages of its judgment are as follows:

[TRANSLATION] WHEREAS the provisions of s. 92a, b and c of the Act are intended exclusively to prevent any wrongful and discriminatory action by the hospital towards a physician in the exercise of his authority, and the purpose of these provisions is not to limit the exercise of the administrative powers of a hospital;

WHEREAS the Commission des Affaires sociales does not have jurisdiction to hear and determine an appeal from an administrative decision of the hospital on matters pertaining to the organization and development of medical services;

WHEREAS respondent, the Commission, has by its decision reviewed an administrative decision pertaining to applicant, and in so doing has assumed a jurisdiction which it does not have, thereby committing a fundamental error of law which amounts to an excess of jurisdiction;

A majority of the Court of Appeal [1980] C.A. 497 reversed this judgment and dismissed the motion in evocation. None of the three judges accepted the argument based on excess of jurisdiction. Montgomery J.A., dissenting, was of the opinion that the Commission had committed an abuse of authority under para. 4 of art. 846 C.C.P. Bernier and Paré J.J.A. were of the view that the decision of the Commission could not be evoked under any of the paragraphs of art. 846.

In this Court appellant repeated essentially the same arguments, namely excess of jurisdiction on the one hand and on the other an error on the face of the record.

Taking excess of jurisdiction first, I would say that this argument, which was accepted by the Superior Court, and rejected by the three Court of Appeal judges, was in my opinion properly rejected.

Appellant made a lengthy review of the extensive powers of administration of a board of directors, including the duty which it has to adopt an organization plan describing "the administrative

jugements du tribunal saisi ne sont pas susceptibles d'appel.

La Cour supérieure [1977] C.A.S. 361, concluant à un excès de juridiction de la part de la Commission des affaires sociales, autorisa l'émission d'un bref d'évocation. Voici les passages pertinents de ce jugement:

ATTENDU que les dispositions de l'article 92a, b, c, de la Loi n'ont pour but que d'empêcher tout acte abusif et discriminatoire de la part de l'hôpital à l'endroit d'un médecin dans l'exercice de son autorité et que ces dispositions n'ont pas pour but de restreindre l'exercice des pouvoirs administratifs d'un hôpital;

ATTENDU que la Commission des Affaires sociales n'a pas juridiction pour entendre et adjuger sur un appel d'une décision administrative de l'hôpital en matière d'organisation et de développement des services médicaux;

CONSIDÉRANT que l'intimée, la Commission, a par sa décision, révisé une décision administrative appartenant au requérant, et en agissant de la sorte, s'est approprié une juridiction qu'elle n'a pas, commettant ainsi une erreur de droit fondamentale équivalant à un excès de juridiction;

La Cour d'appel [1980] C.A. 497, à la majorité, a infirmé ce jugement et rejeté la requête en évocation. Aucun des trois juges n'a retenu le moyen fondé sur l'excès de juridiction. Le juge Montgomery, dissident, a été d'avis que la Commission avait commis un abus de pouvoir visé par l'al. 4 de l'art. 846 C.p.c. Les juges Bernier et Paré ont été d'avis que la décision de la Commission n'était évocable sous aucun des alinéas de l'art. 846.

Devant cette Cour l'appelante a repris essentiellement les mêmes moyens soit excès de juridiction d'une part et d'autre part erreur apparente à la lecture du dossier.

Traitant en premier lieu de l'excès de juridiction, je rappelle que ce moyen retenu par la Cour supérieure a été écarté par les trois juges de la Cour d'appel et selon moi, à juste titre.

Après avoir longuement passé en revue les vastes pouvoirs de gestion du conseil d'administration, dont l'obligation qui lui est faite d'adopter un plan d'organisation décrivant des structures administra-

structures of the establishment, its divisions, services and departments and any other element required by the law or the regulations”, and maintained that the Commission des affaires sociales had committed two excesses of jurisdiction.

First, it argued, the Commission did not have jurisdiction because the decision appealed from by Dr. Lafrance is not a decision “in his regard” within the meaning of the first paragraph of s. 92c of the *Act respecting health services and social services* (*supra*). Second, the Commission had interfered in areas that were strictly a matter of hospital policy.

Appellant argued that the decision had not been rendered with regard to respondent Lafrance but was a general hospital policy decision affecting all physicians. Consequently, by its intervention the Commission exceeded the power of review conferred on it by art. 92c.

None of the parties denies the administrative powers of the hospital or disputes their scope. What is at issue is the effect which the exercise of those powers may have on the existing and recognized privileges of physicians on the staff.

Respondent, Dr. Lafrance, admitted the powers of the board of directors. In his submission, he stated: [TRANSLATION] “We in no way dispute the right of a board of directors to formulate a policy for the granting of privileges to practise surgery.” I would further note that it was Dr. Lafrance himself who suggested to the board of directors on December 18, 1974 that an organization plan be adopted. This in no way indicates that he was thereby waiving the privileges he enjoyed at that time.

In fact, as the Commission des affaires sociales observed:

[TRANSLATION] One thing emerges clearly from these documents: Dr. Lafrance, who had formerly enjoyed privileges in *general surgery* in the surgery department, was in 1977 given privileges in *digestive surgery* and, in on call periods, in general surgery. The official documents accordingly indicate that beginning in 1977 there was a reduction in the privileges of Dr. Lafrance.

tives de l'établissement, ses directions, services et départements ainsi que tout autre élément exigé par la loi ou les règlements», l'appelante précise que la Commission des affaires sociales a commis deux excès de juridiction.

D'une part, dit-elle, la Commission n'avait pas juridiction parce que la décision attaquée par le Dr Lafrance n'est pas une décision «à son sujet» au sens du premier alinéa de l'art. 92c de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (précitée). D'autre part la Commission s'est ingérée dans les affaires strictement politiques de l'hôpital.

Il ne s'agit pas, selon l'appelante, d'une décision rendue au sujet de l'intimé Lafrance mais bien plutôt d'une politique générale de l'hôpital qui touche tous les médecins. Par voie de conséquence la Commission, par son intervention, dépasse le pouvoir de révision que lui confère l'art. 92c.

Aucune des parties ne nie les pouvoirs de gestion de l'hôpital, ne n'en conteste l'étendue. Ce qui est contesté c'est l'effet que peut avoir l'exercice de ces pouvoirs sur les privilèges existants et reconnus des médecins en place.

L'intimé, le Dr Lafrance, reconnaît les pouvoirs du conseil d'administration. Il écrit dans son mémoire: «Nous ne contestons nullement le droit d'un conseil d'administration d'élaborer une politique d'octroi des privilèges pour la pratique de la chirurgie.» Je note d'ailleurs que c'est le Dr Lafrance lui-même qui a proposé au conseil d'administration, le 18 décembre 1974, l'adoption du plan d'organisation. Cela ne signifie pas pour autant qu'il renonçait aux privilèges dont il jouissait alors.

Dans les faits, comme le signale la Commission des affaires sociales:

Une constatation se dégage aisément de ces documents; jouissant, auparavant, de privilèges au sein du département de chirurgie en *chirurgie générale*, le docteur Lafrance se voit accorder pour l'année 1977 des privilèges en *chirurgie digestive* et, durant les périodes de garde, en chirurgie générale. Il y a donc une diminution dans l'octroi des privilèges du docteur Lafrance à compter de l'année 1977, si l'on se réfère aux documents officiels.



It is hard to reconcile the dual objective apparently sought by the legislator, namely conferring wide administrative powers on the board of directors while at the same time providing protection for the privileges enjoyed by physicians. This is the conflict referred to by Montgomery J.A. when he states:

There may be a conflict between the right of the board of directors to administer the affairs of a hospital, and specifically to determine "the status and privileges" of a physician practicing his profession in the hospital, and the right of a physician not to have his application to practice refused or restricted, except for the reasons set forth in the Act, "having regard to the particular requirements of the hospital centre".

These two interests were clearly recognized by the Commission des affaires sociales:

[TRANSLATION] Without denying that the board of directors has a right to adopt structures of organization or development for medical services provided by the hospital, under the *Act respecting health services and social services*, the Commission nonetheless has jurisdiction to hear an appeal brought by a physician who is dissatisfied with a decision that may affect his status or privileges and which is made in his regard.

The Commission realizes that ss. 92 to 92c may complicate the process of administering a hospital, but it is the legislator himself who has attached a number of rights to practise of the medical profession in a hospital, although the board of directors is free to impose its own requirements as to qualifications, competence and so on under s. 92a and b.

The Commission cannot make any finding as to the advisability or the merits of introducing and consolidating surgical services provided by the hospital; but it must determine whether the failure to renew the privileges of one physician in particular was based on one of the criteria contained in the Act.

In the case at bar, in my opinion, the Commission did not interfere with the authority of the hospital, limiting itself simply to the question of whether Dr. Lafrance's privileges had been reduced, and having decided that they were, whether the hospital had relied on one of the grounds authorized by s. 92b, which it answered in the negative. The Commission made no finding on the hospital's organization plan; it simply reversed

Il est difficile de réconcilier le double objectif que me paraît poursuivre le législateur, soit de conférer de vastes pouvoirs de gestion au conseil d'administration tout en assurant par ailleurs protection aux médecins en ce qui touche leurs privilèges. C'est le conflit auquel fait allusion le juge Montgomery lorsqu'il écrit:

[TRADUCTION] Il peut y avoir un conflit entre le droit du conseil d'administration d'administrer les affaires d'un hôpital, plus spécifiquement, celui de déterminer «le statut et les privilèges» d'un médecin qui exerce sa profession dans un hôpital et le droit d'un médecin de ne pas voir sa demande d'exercer sa profession dans un hôpital refusée ou restreinte, sauf pour les motifs énoncés dans la Loi, «eu égard aux exigences propres du centre hospitalier».

La Commission des affaires sociales a bien reconnu ces deux intérêts:

Sans nier au conseil d'administration le droit d'adopter des structures d'organisation ou de développement des services médicaux rendus par l'hôpital, suivant la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, la Commission a néanmoins juridiction pour entendre un appel présenté par un médecin qui n'est pas satisfait d'une décision pouvant affecter son statut ou ses privilèges et rendue à son sujet.

La Commission est consciente que les articles 92 à 92c peuvent compliquer le processus administratif d'un hôpital, mais c'est le Législateur lui-même qui a assorti l'exercice de la profession médicale dans un hôpital d'un certain nombre de droits, encore que le conseil d'administration est libre d'imposer ses exigences propres au plan de la qualification, de la compétence, etc. suivant les articles 92a et 92b.

La Commission ne peut se prononcer sur l'opportunité ou le mérite de l'implantation et de la consolidation des services chirurgicaux constitués par l'hôpital; mais elle doit vérifier si le non-renouvellement des privilèges d'un médecin en particulier se fonde sur l'un des critères prévus par la Loi.

En l'espèce, la Commission, à mon avis, ne s'est pas ingérée dans les pouvoirs de l'hôpital, mais ne s'est préoccupée que de la question de savoir si les privilèges du Dr. Lafrance étaient diminués et ayant répondu par l'affirmative, si l'hôpital avait invoqué l'un des motifs autorisés par l'art. 92b, ce à quoi elle a répondu par la négative. La Commission ne s'est nullement prononcée sur le plan d'organisation de l'hôpital, mais elle a simplement

the decision of the board of directors regarding the failure to renew Dr. Lafrance's privileges for 1977 and directed that those privileges be renewed for the year in question.

Is the effect of this to paralyze development of the hospital, as the latter contended? It may undoubtedly "complicate the process of administering a hospital", as the Commission des affaires sociales noted, or, as Professors Lajoie, Molinari and Auby observed in their *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, 1981, at p. 1034, note 1180, mean [TRANSLATION] "that hospitals cannot implement certain aspects of their organization plans until after certain physicians or dentists have resigned, retired or died". However, that is a matter for the legislator, not for the courts.

I adopt the following passage from Bernier J.A., dismissing the argument of appellant based on excess of jurisdiction:

[TRANSLATION] Like my brother judges, I am of the view that s. 92c (now 132), of the *Act respecting health services and social services* (S.Q. 1971, c. 48 as amended, now R.S.Q. 1977, c. S-5) empowered the Commission des affaires sociales (*Act respecting the Commission des affaires sociales*, S.Q. 1974, c. 39, ss. 20 et seq., now R.S.Q. 1977, c. C-34, ss. 21 et seq.) to hear the appeal from the decision of respondent's board of directors. In fact, when appellant's appointment was to be renewed for 1977, the status and privileges previously granted to him were reduced.

Appellant's second argument cited an error of law on the face of the record.

Appellant argued, first, that the privative clause contained in the *Social Affairs Commission Act*, 1974 (Que.), c. 39, as amended by 1975 (Que.), c. 64 (now R.S.Q. 1977, c. C-34), leaves intact the remedy in evocation under art. 846 C.C.P. This is apparent simply from reading s. 13 (now s. 14) of that Act, since art. 846 is not mentioned in it:

No extraordinary recourse contemplated in articles 834 to 845 of the Code of Civil Procedure shall be exercised and no injunction granted against the Com-

infirmé la décision du conseil d'administration concernant le non-renouvellement des privilèges du Dr Lafrance pour l'année 1977 et décrété le renouvellement de ces privilèges pour l'année en cause.

<sup>a</sup> Est-ce à dire que cela a pour effet de paralyser l'évolution de l'hôpital comme celui-ci a prétendu? Cela peut sans doute «compliquer le processus administratif d'un hôpital» comme l'a mentionné la Commission des affaires sociales ou encore, comme l'écrivent les professeurs Lajoie, Molinari et Auby dans leur *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, 1981, à la p. 1034, note 1180, impliquer «que les hôpitaux ne puissent donner suite à certains aspects de leurs plans d'organisation qu'après la démission, la retraite ou la mort de certains médecins ou dentistes». Mais c'est là l'affaire du législateur et non des tribunaux.

<sup>d</sup> Je fais mien le passage suivant du juge Bernier rejetant le moyen de l'appelante fondé sur l'excès de juridiction:

<sup>e</sup> Comme mes collègues, je suis d'avis que l'article 92c (maintenant 132) de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (L.Q. 1971 c. 48 et amendements, maintenant L.R.Q. 1977 c. S-5) habilitait la Commission des affaires sociales (*Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.Q. 1974 c. 39, art. 20 et ss. maintenant L.R.Q. 1977 c. C-34, art. 21 et ss.) à connaître de l'appel de la décision du conseil d'administration de l'intimée. En effet, à l'occasion du renouvellement de sa nomination pour l'année 1977, les statuts et privilèges, qui avaient été précédemment octroyés à l'appelant, ont été restreints.

Le second moyen de l'appelante invoque erreur de droit apparente à la lecture du dossier.

<sup>h</sup> L'appelante fait valoir tout d'abord que la clause privative contenue dans la *Loi de la Commission des affaires sociales*, 1974 (Qué.), chap. 39, telle que modifiée par 1975 (Qué.), chap. 64 (maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-34), laisse intact le recours en évocation de l'art. 846 C.p.c. Cela apparaît à la simple lecture de l'art. 13 (maintenant art. 14) de cette loi puisque l'art. 846 n'y est pas mentionné:

<sup>j</sup> Aucun des recours extraordinaires prévus aux articles 834 à 845 du Code de procédure civile ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre la Commis-

mission, its members or assessors acting in their official capacity.

It follows that evocation is possible not only in cases of want or excess of jurisdiction, but in the case of paras. 2, 3 (which do not apply in the case at bar) and 4 of art. 846 *C.C.P.*, which I cite again:

846. ...

4. when there has been a violation of the law or an abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice.

This is the paragraph on which the dissent of Montgomery J.A. in the Court of Appeal was based.

Appellant argued that the error "on the face" of the record falls within the scope of para. 4. This argument has long been recognized in Quebec law (see *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638, *per Pratte J.*, at pp. 647 *et seq.*). It should also be noted that the interpretation must be "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the Court upon review", to use the expression of Dickson J., speaking for the Court, in *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237.

Professors Pépin and Ouellette, in their textbook *Principes de contentieux administratif*, 1979, wrote in this regard at p. 223:

[TRANSLATION] The concept of an error of law on the face of the record is a flexible one and can be widely extended: its content can vary depending on judicial interpretation and discretion. It can to some extent be regarded as an attack on the law, a significant, gross or intolerable error that must be checked by the courts, otherwise administrative authority could flout the law with impunity.

Appellant alleged that the Commission committed two errors. It summarized its position as follows:

[TRANSLATION] In brief, the decision of the Commission is tainted by two errors of law on the face of the record:

(a) in treating a change of privileges like a denial;

sion, ses membres ou assesseurs agissant en leur qualité officielle.

Il s'ensuit qu'il y a ouverture à évocation non pas seulement dans le cas de défaut ou d'excès de juridiction, mais dans le cas des al. 2, 3 (lesquels n'ont aucune application en l'espèce) et 4 de l'art. 846 *C.p.c.* que je cite de nouveau:

846. ...

4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante.

C'est sur cet alinéa qu'est fondée la dissidence du juge Montgomery en Cour d'appel.

L'appelante plaide que l'erreur dite apparente à la lecture du dossier entre dans le champ de l'al. 4. Ce moyen est reconnu en droit québécois depuis fort longtemps (voir *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, par le juge Pratte aux pp. 647 *et ss.*). Il convient d'ajouter qu'il doit s'agir d'une interprétation «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» suivant l'expression du juge Dickson, parlant au nom de la Cour, dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 à la p. 237.

Les professeurs Pépin et Ouellette dans leur ouvrage *Principes de contentieux administratif*, 1979, écrivent à ce sujet à la p. 223:

La notion d'erreur de droit à la lecture du dossier est souple et largement extensible, son contenu peut varier selon l'interprétation et la discrétion des juges. Elle s'analyse en quelque sorte comme un affront au droit, une erreur significative, grossière ou intolérable que les juges ne peuvent s'empêcher de contrôler, sans quoi les administrations pourraient se moquer de la loi.

L'appelante reproche à la Commission deux erreurs. Voici comment elle résume sa position:

En somme, la décision de la Commission est entachée de deux erreurs de droit à la lecture du dossier:

a) En assimilant un changement de privilèges à un refus;

- (b) in giving the words “having regard to the particular requirements of the hospital centre” a limiting and unjustified interpretation.

The combined effect of these two errors amounts to altering the law itself, since:

- (a) the general and very wide powers of a board of directors to administer the hospital's affairs are to an extent very limited;
- (b) in particular, the board of directors cannot now alter the privileges of a physician without being in a position to establish that the physician is incompetent or acting improperly.

On the first point, appellant relied on the differences in wording between the first and second paragraphs of s. 92b. Whereas the first paragraph speaks of a change of privileges, the second speaks only of a refusal to renew privileges.

The first paragraph gives the board of directors the power to make changes in privileges. The second, which determines the grounds on which this may be done, refers only to the refusal to renew privileges. The board of directors can therefore make changes without this constituting a refusal to renew, and without it providing a basis for application of the second paragraph. This is what in appellant's submission the board of directors did, and it had full authority to do so.

To this respondent Lafrance replied that the word “change” found in the first paragraph has a wider meaning than refusal to renew, and also covers an extension of privileges. The board of directors can thus change privileges, by extending or limiting them, but in the latter case the second paragraph becomes applicable and thereby the remedy under s. 92c comes into play. In my view, this argument disposes of the question.

On the second point, namely that the Commission des affaires sociales committed an error of law on the face of the record “in giving the words ‘having regard to the particular requirements of the hospital centre’ a limiting and unjustified interpretation”, the Commission interpreted these words as follows in another case *Services de santé*—7, [1976] C.A.S. 460, at pp. 464—65:

- b) En donnant aux mots «eu égard aux exigences propres du centre hospitalier» une interprétation restrictive et injustifiée.

L'effet combiné de ces deux erreurs équivaut à modifier la loi elle-même, puisque:

- a) Les pouvoirs généraux et très vastes d'un conseil d'administration de gérer les affaires de l'hôpital sont en quelque sorte très restreints;
- b) Plus particulièrement le conseil d'administration ne peut dorénavant modifier les privilèges d'un médecin sans être en mesure d'établir quant à ce qu'il est incompetent ou indiscipliné.

Sur le premier point, l'appelante s'appuie sur les différences de rédaction entre le premier et le deuxième alinéa de l'art. 92b. Alors que le premier alinéa parle de changement de privilèges, le second parle seulement de refus de renouvellement de privilèges.

Le premier alinéa accorde au conseil d'administration le pouvoir d'effectuer des changements de privilèges. Le second qui détermine les motifs qui peuvent être invoqués, ne vise que le refus de renouvellement de privilèges. Le conseil d'administration peut donc apporter des changements sans que cela constitue un refus de renouvellement et sans que cela donne ouverture à l'application du deuxième alinéa. C'est ce que le conseil d'administration a fait, selon l'appelante, et il avait pleine autorité pour le faire.

A cela l'intimé Lafrance répond que le mot «changement» que l'on trouve dans le premier alinéa a une acception plus large que le refus de renouvellement et comprend tout aussi bien un élargissement de privilèges. Le conseil d'administration peut donc changer les privilèges, les étendre ou les restreindre, mais dans ce dernier cas entre en jeu le deuxième alinéa et par voie de conséquence le recours de l'art. 92c. Cet argument à mon avis dispose de la question.

Sur le deuxième point, à savoir que la Commission des affaires sociales a commis une erreur de droit apparente à la lecture du dossier «en donnant aux mots «eu égard aux exigences propres du centre hospitalier» une interprétation restrictive et injustifiée», voici comment dans une autre affaire, *Services de santé*—7, [1976] C.A.S. 460, aux pp. 464 et 465, la Commission a interprété ces mots:

[TRANSLATION] These concluding words, "having regard to the particular requirements of the hospital centre", were added by the amendments of January 1975. Did the addition of these few words radically alter the situation prevailing until that time? As counsel for the respondent submitted, did the legislator by adding these words add a fourth criterion not connected to the three others, which allows hospital centres to refuse an application for admission solely on the basis of requirements?

The Commission does not believe that this was the meaning of the amendment. Such an interpretation would result in divesting this section of the Act of its content, as the last portion of the sentence would for all practical purposes cancel out the criteria stated previously.

The Commission considers rather that the last portion of the sentence should be interpreted in conjunction with the three criteria which precede it, and that it can have no other effect than that of allowing a hospital centre to have particular requirements as to the qualifications, scientific competence or conduct of persons requesting admission to the Council of Physicians and Dentists. The existence in the context of the statute of the words "only" and "having regard" leads necessarily to this interpretation.

The word "only" which precedes the list of three criteria, qualifications, scientific competence and conduct, clearly indicates that there are no others.

Moreover, the phrase "having regard to" links the "particular requirements" of the hospital centre to these three "sole" criteria. All the dictionaries consulted give this expression, "having regard to", the usual meaning of "taking into account".

The Commission therefore shares the view taken by counsel for the appellant on this matter, namely that "the particular requirements" of a hospital centre must be seen in conjunction with the criteria of qualifications, scientific competence and conduct.

This passage refers to s. 92a, regulating the admission of a physician to a hospital centre, not to s. 92b, which applies to the privileges of a physician on the staff. This Court is not required to decide on s. 92a, which has since been amended. At the time, however, there was no substantial difference between the last paragraph of s. 92a and the second paragraph of s. 92b, that could affect the meaning to be given to the words "having regard to the particular requirements of the hospital centre". For my part, I adopt with regard

Ce sont ces derniers mots «eu égard aux exigences propres au centre hospitalier» qui ont été ajoutés par les amendements de janvier 1975. L'addition de ces quelques mots a-t-elle changé radicalement la situation qui prévalait auparavant? Comme le soumet le procureur de l'intimé, le Législateur, en ajoutant ces mots, a-t-il ajouté un quatrième critère sans relation avec les trois autres et qui permet aux centres hospitaliers de refuser une demande d'admission en faisant état des besoins uniquement?

La Commission ne croit pas que telle a été la portée de cet amendement. En effet, une telle interprétation conduit à vider cet article de loi de son contenu, le dernier membre de phrase annulant à toutes fins les critères préalablement établis.

La Commission estime plutôt que le dernier membre de phrase doit s'interpréter en relation avec les trois critères qui le précèdent et qu'il ne peut avoir d'autre effet que de permettre à un centre hospitalier d'avoir des exigences particulières quant à la qualification, la compétence scientifique ou le comportement des personnes qui demandent leur admission au sein du Conseil des médecins et dentistes. L'existence dans le contexte de loi des mots «uniquement» et «eu égard» conduit nécessairement à cette interprétation.

Le mot «uniquement» qui précède l'énumération des trois critères de qualification, compétence scientifique ou comportement, indique bien qu'il n'y en a pas d'autres.

Par ailleurs, l'expression «eu égard à» relie les «exigences propres» du centre hospitalier à ces trois critères «uniques». Tous les dictionnaires consultés donnent à l'expression «eu égard à» le sens usuel de «en tenant compte de».

La Commission partage donc le point de vue du procureur de l'appelant sur ce plan à l'effet que «des exigences propres» d'un centre hospitalier doivent être en relation avec des critères de qualification, de compétence scientifique ou de comportement.

Ce passage se rapporte à l'art. 92a régissant l'admission d'un médecin dans un centre hospitalier et non pas à l'art. 92b applicable aux privilèges d'un médecin en place. Nous n'avons pas à nous prononcer sur l'art. 92a, modifié depuis. A l'époque cependant il n'y avait pas de différence substantielle entre le dernier alinéa de l'art. 92a et le deuxième alinéa de l'art. 92b susceptible d'affecter le sens à donner aux mots «eu égard aux exigences propres au centre hospitalier». J'adopte quant à moi, en l'appliquant à l'art. 92b, ce passage déjà

to s. 92b this passage already cited by Bernier J.A. in the Court of Appeal.

In any event, with respect, the interpretation suggested by respondent Lafrance and applied by the Commission des affaires sociales and the majority of the Court of Appeal does not, in my view, constitute an interpretation that is "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the Court upon review".

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Desjardins, Ducharme & Associés, Montreal.*

*Solicitors for the respondent Lafrance: Geoffrion & Prud'homme, Montreal.*

*Solicitors for the respondent the Commission des affaires sociales: William J. Atkinson and Marie-Claude Lévesque, Ste-Foy.*

cité par le juge Bernier en Cour d'appel.

A tout le moins, avec égard, l'interprétation suggérée par l'intimé Lafrance et retenue par la Commission des affaires sociales et la majorité de la Cour d'appel ne constitue pas, à mon avis, une interprétation «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire.»

Pour ces motifs je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Desjardins, Ducharme & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé Lafrance: Geoffrion & Prud'homme, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée la Commission des affaires sociales: William J. Atkinson et Marie-Claude Lévesque, Ste-Foy.*

**Paul Gobeil** *Appellant*;

and

**La Cie H. Fortier, Emilien Porlier and  
Germain Neurhor** *Respondents*;

and

**The Registrar of Saguenay Division Registry  
Office** *Mis en cause*;

and

**Gaston Frenette, Charlotte Bergeron and the  
Clerk of the Provincial Court for the district  
of Quebec City** *Mis en cause ès qualité*.

File No.: 16144.

1982: March 18; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Bankruptcy — Immovable seized prior to bankruptcy — Judicial sale after bankruptcy but before copy of assignment filed — Purchaser in good faith — Procedure to suspend sale or terminate sheriff's proceedings not followed — Whether s. 51 of Bankruptcy Act applicable to judicial sales subsequent to bankruptcy — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 50, 51, 52, 53 — Code of Civil Procedure, art. 569, 673, 688.*

At a judicial sale a duly seized immovable was sold to the only bidder present for the sum of ten dollars. However, between the seizure and the sale the debtor had made an assignment of his property. Although he was aware of the assignment, the sheriff proceeded with the sale since he had not seen the notices prescribed by ss. 51(2) and 53 of the *Bankruptcy Act*, which had not been sent to the correct registry division by the trustee. In his capacity as trustee, appellant asked the Superior Court and the Court of Appeal to vacate the sheriff's sale. This request was denied.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The sale was neither void nor voidable on the ground that it was not made against the possessor as owner. The procedure of seizure and sale was validly performed, but the trustee did not take the appropriate action required by the *Code of Civil Procedure* (art. 673) or the *Bankruptcy Act* (ss. 51, 52, 53) to establish his rights and

**Paul Gobeil** *Appellant*;

et

**La Cie H. Fortier, Emilien Porlier et  
a Germain Neurhor** *Intimés*;

et

**Le Registrateur du bureau d'enregistrement  
b de la division du Saguenay** *Mis en cause*;

et

**Gaston Frenette, Charlotte Bergeron et le  
c greffier de la Cour provinciale du district de  
Québec** *Mis en cause ès qualité*.

N° du greffe: 16144.

1982: 18 mars; 1982: 23 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Faillite — Saisie immobilière antérieure à la faillite — Vente en justice faite après la faillite mais avant la production d'une copie de la cession — Adjudicataire de bonne foi — Modalités pour suspendre la vente ou mettre fin aux procédures du shérif non suivies — L'article 51 de la Loi sur la faillite est-il applicable aux ventes en justice postérieures à la faillite? — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 50, 51, 52, 53 — Code de procédure civile, art. 569, 673, 688.*

Un immeuble, régulièrement saisi, a été vendu en justice et adjugé au seul enchérisseur présent pour la somme de dix dollars. Cependant, entre la saisie et la vente, le débiteur avait fait cession de ses biens. Le shérif, malgré une connaissance de fait de la cession, a procédé à la vente puisqu'il n'a pu prendre connaissance des avis prescrits par les art. 51(2) et 53 de la *Loi sur la faillite*, ces derniers n'ayant pas été transmis par le syndic dans la division d'enregistrement appropriée. L'appellant, en sa qualité de syndic, a demandé à la Cour supérieure et à la Cour d'appel l'annulation du décret. Cette requête fut rejetée.

i *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La vente n'est pas nulle ou annulable au motif qu'elle n'aurait pas été faite contre le possesseur *animo domini*. La procédure de saisie et de vente a été valablement engagée mais le syndic n'a pas pris les mesures appropriées prévues au *Code de procédure civile* (art. 673) ou à la *Loi sur la faillite* (art. 51, 52, 53) pour faire valoir

those of the creditors. In the case at bar, the sale could not be suspended: there was neither consent by the parties nor an order by a judge, and no objection. The sheriff was not sent a copy of the assignment and the assignment was not registered. Finally, as there was only one bidder, he had to be declared the purchaser (art. 688 C.C.P.).

Section 53 of the *Bankruptcy Act* does not apply to the case at bar. It follows from s. 51, which contemplates the possibility of a sheriff's sale before receipt of a copy of the assignment, that it is not the bankruptcy itself, but the receipt of a copy of the assignment which operates to validate the rights of the trustee on behalf of the creditors and to terminate the sheriff's proceedings. As the purchaser bought the immovable in good faith he acquired a good title against the trustee.

*Héroux v. Banque Royale du Canada; St-Germain v. Nicholson*, [1942] S.C.R. 1; *Boileau v. Attorney General of Quebec et al.*, [1957] S.C.R. 463; *Patton v. Morin* (1865), 16 L.C.R. 267; *Dufresne v. Dixon* (1889), 16 S.C.R. 596; *Brook v. Booker* (1909), 41 S.C.R. 331 affirming (1907), 17 Que. K.B. 193; *Vézina v. Lafortune* (1918), 56 S.C.R. 246; *American-Abell Engine and Thresher Co. v. McMillan* (1909), 42 S.C.R. 377; *Gathercole v. Smith* (1881), 17 Ch. D. 1, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec which affirmed a judgment of the Superior Court dismissing a motion to vacate the sheriff's sale. Appeal dismissed.

*Louis Huot and Jean Brunet*, for the appellant.

*Michel St-Hilaire*, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—In his capacity as trustee in bankruptcy of respondent Emilien Porlier, appellant is asking the Court to vacate the judicial sale of an immovable of the bankrupt.

This immovable was duly seized on September 12, 1975 in execution of a judgment obtained by respondent La Cie H. Fortier. The required notices were published, in particular in the *Quebec Official Gazette* on September 27, and it was established that the prescribed procedure was followed in the seizure and the sale. The sale was held on November 4, 1975 and the immovable was sold to respondent Neurhor. The sale was registered on

ses droits et ceux des créanciers. En l'espèce, la vente ne pouvait être suspendue: il n'y a eu ni consentement des parties, ni ordonnance d'un juge, ni opposition. Le shérif n'a reçu aucune copie de la cession et celle-ci n'a pas été enregistrée. Enfin, comme il n'y a eu qu'un offrant, il devait être déclaré adjudicataire (art. 688 C.p.c.).

L'article 53 de la *Loi sur la faillite* ne s'applique pas en l'espèce. Il ressort de l'art. 51, qui envisage la possibilité d'une vente par le shérif avant la réception d'une copie de la cession, que ce n'est pas la faillite elle-même mais la réception d'une copie de la cession qui vient faire valoir les droits du syndic au nom des créanciers et mettre fin aux procédures du shérif. L'adjudicataire, ayant acheté l'immeuble de bonne foi, a acquis un titre valable contre le syndic.

Jurisprudence: Distinction faite avec les arrêts: *Héroux c. Banque Royale du Canada; St-Germain c. Nicholson*, [1942] R.C.S. 1; *Boileau c. Procureur général du Québec et al.*, [1957] R.C.S. 463; *Patton c. Morin* (1865), 16 L.C.R. 267; *Dufresne c. Dixon* (1889), 16 R.C.S. 596; *Brook c. Booker* (1909), 41 R.C.S. 331 confirmant (1907), 17 B.R. 193; *Vézina c. Lafortune* (1918), 56 R.C.S. 246; *American-Abell Engine and Thresher Co. c. McMillan* (1909), 42 R.C.S. 377; *Gathercole v. Smith* (1881), 17 Ch. D. 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure rejetant une requête en annulation du décret. Pourvoi rejeté.

*Louis Huot et Jean Brunet*, pour l'appelant.

*Michel St-Hilaire*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L'appelant, en sa qualité de syndic à la faillite de l'intimé Emilien Porlier, demande l'annulation de la vente en justice d'un immeuble du failli.

Cet immeuble fut régulièrement saisi le 12 septembre 1975 en exécution d'un jugement obtenu par l'intimée La Cie H. Fortier. Les avis requis furent publiés, notamment dans la *Gazette Officielle du Québec* du 27 septembre, et il est établi que la procédure prescrite tant pour la saisie que pour la vente a été suivie. La vente a eu lieu le 4 novembre 1975 et l'immeuble fut adjugé à l'intimé Neurhor. La vente fut enregistrée dès le 6 novem-



November 6. Between the seizure and the sale, on September 25, 1975, respondent Porlier made an assignment of his property. The appointment of appellant as trustee, made on the same day, was confirmed by the first meeting of the creditors on October 15.

The following is a summary of the relevant facts, which the parties said they were willing to accept, by L'Heureux-Dubé J.A., rendering the unanimous judgment of the Court of Appeal, which upheld the Superior Court:

[TRANSLATION] Following the assignment of the debtor's property, the trustee did not submit "the receiving order or assignment, or notice thereof" (ss. 52(1) and 53) but merely sent notices to stay proceedings to the debtor's various creditors and to certain officers of the Court, including the Clerk of the Court, Courthouse, Quebec City (in case No. 200-02-002449-751, in which respondent La Cie H. Fortier had sued the debtor and obtained judgment), the Bankruptcy Clerk, Courthouse, Sept-Iles (in which the debtor had made an assignment of his property), and the registrar of the Saguenay registry division (judicial district of Mingan, in which the immovable at issue was located).

It appears that the immovable in question is located at Gallix, a municipality situated between Sept-Iles and Port-Cartier and in fact in the judicial district of Mingan, but in the registry division of Baie-Comeau, judicial district of Hauterive. As the prescribed notices were not sent where they legally should have been, that is in the registry division of Baie-Comeau, judicial district of Hauterive, the deputy sheriff, Charlotte Bergeron, was unable to learn of them and in fact did not learn of them before proceeding with the sale.

The bailiff Gaston Frenette, who had made the seizure for and on behalf of the creditor, respondent La Cie H. Fortier, on September 12, 1975, was told by counsel for the latter (by telephone) of the assignment of the property. He then wrote Mr. Legris, requesting written confirmation:

Could you kindly confirm in writing that the sale was stayed on account of the fact that defendant had made an assignment of all his property, so that we can close our file?

This letter was in the record at the time of the sale. For some reason which was not indicated, Mr. Legris took no action regarding it.

The bailiff Frenette was directed by the assistant sheriff to proceed with the sale. He told the latter of the

bre. Or il arrive qu'entre la saisie et la vente, soit le 25 septembre 1975, l'intimé Porlier a fait cession de ses biens. La nomination de l'appelant comme syndic effectuée le même jour fut confirmée par la première assemblée des créanciers le 15 octobre.

Quant aux autres faits pertinents voici le résumé qu'en donne le juge l'Heureux-Dubé qui a rendu le jugement unanime de la Cour d'appel, confirmant la Cour supérieure, résumé dont les deux parties se sont déclarées satisfaites:

A la suite de la cession de biens du débiteur, le syndic n'a transmis ni «l'ordonnance de séquestre, la cession ou un avis de cette ordonnance ou de cette cession» (art. 52(1) et 53) mais uniquement des avis de surseoir aux divers créanciers du débiteur ainsi qu'à certains officiers de justice, dont le greffier, Palais de Justice, Québec (dans la cause n° 200-02-002449-751 dans laquelle l'intimée La Cie H. Fortier avait poursuivi le débiteur et obtenu jugement), le greffier des faillites, Palais de Justice, Sept-Iles (où le débiteur avait fait cession de ses biens), et le registrateur de la division d'enregistrement de Saguenay (district judiciaire de Mingan, dans lequel était situé l'immeuble objet du litige).

Or, il appert que l'immeuble en question se trouve à Gallix, municipalité sise entre Sept-Iles et Port-Cartier, effectivement dans le district judiciaire de Mingan, mais dans la division d'enregistrement de Baie-Comeau, district judiciaire de Hauterive. Les avis prescrits n'ayant donc pas été transmis là où ils auraient dû légalement l'être, soit dans la division d'enregistrement de Baie-Comeau, district judiciaire de Hauterive, le shérif adjoint, Charlotte Bergeron, n'a pu en prendre connaissance et n'en a effectivement pas pris connaissance avant de procéder à la vente.

L'huissier Gaston Frenette, lui, qui avait effectué la saisie pour et au nom de la créancière, l'intimée La Cie H. Fortier, le 12 septembre 1975, avait été informé par le procureur de cette dernière (par téléphone) de la cession de biens. Il écrit alors à Me Legris lui demandant confirmation écrite:

Auriez-vous l'amabilité de nous confirmer par écrit que la vente a été suspendue vu que le défendeur a fait cession de ses biens le tout, afin de nous permettre de finaliser notre dossier.

Cette lettre était au dossier au moment de la vente. Pour une raison qu'on ignore, Me Legris n'y a pas donné suite.

C'est l'huissier Frenette qui est chargé par le shérif adjoint de procéder à la vente. Il informe ce dernier de

assignment of the debtor's property, but the assistant sheriff proceeded with the judicial sale nonetheless. The immovable (worth \$18,000) was sold to the only bidder present, a professional buyer, for the sum of ten dollars (\$10.00).

The Superior Court judgment dismissing the motion to vacate the sheriff's sale is based on the provisions of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3. It further appeared from the decision of the Court of Appeal, affirming the judgment at trial, that appellant made two arguments in the latter Court based on the *Code of Civil Procedure* and one based on the *Bankruptcy Act*.

The first argument based on the *Code of Civil Procedure*, and dealt with in the Court of Appeal, rested on art. 698:

**698.** A sheriff's sale may, at the instance of any interested person, be vacated:

1. If, with the knowledge of the purchaser, fraud was employed to keep persons from bidding;
2. If the essential conditions and formalities prescribed for the sale have not been observed; but the seizing creditor cannot vacate the sale for any irregularity attributable to himself or his attorney.

In this Court appellant did not repeat the argument based on this article of the *Code of Civil Procedure*. He relied on the second argument based on the Code, and on that derived from the *Bankruptcy Act (supra)*.

In the submission of appellant, these two arguments are based on an equal number of errors contained in the judgment of the Court of Appeal. I quote the submission of his counsel:

[TRANSLATION] We will now make a concise summary, the whole respectfully submitted, of what in the opinion of the undersigned counsel constitute errors in the judgment *a quo*. These are, in turn:

- (1) The fact that it did not apply para. 3 of art. 569 of the Code of Civil Procedure, as the immovable property which was sold was not held as owner;

As appellant trustee had become owner under law of the immovable property which was to be sold, defendant bankrupt, the respondent Emilien Porlier, was no longer owner or possessor as owner;

la cession de biens du débiteur, mais le shérif adjoint procède quand même à la vente en justice. L'immeuble (d'une valeur de \$18,000) est adjudgé au seul enchérisseur présent sur les lieux, un acheteur professionnel, pour la somme de dix dollars (\$10.00).

Le jugement de la Cour supérieure qui rejette la requête en annulation du décret est fondé sur les dispositions de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, chap. B-3. Il ressort par ailleurs de l'arrêt de la Cour d'appel, confirmant le jugement de première instance, que l'appelant a invoqué devant cette dernière cour deux moyens tirés du *Code de procédure civile* et un de la *Loi sur la faillite*.

Le premier moyen tiré du *Code de procédure civile* et dont il a été traité en Cour d'appel s'appuyait sur l'art. 698:

**698.** Le décret peut être annulé à la poursuite de toute personne intéressée:

1. Si, à la connaissance de l'adjudicataire, il y a eu dol pour écarter des enchères;
2. Si les conditions et formalités essentielles prescrites pour la vente n'ont pas été observées; le saisissant ne peut toutefois se prévaloir d'une irrégularité qui soit imputable à lui-même ou à son procureur.

Devant cette Cour l'appelant n'a pas repris le moyen fondé sur cet article du *Code de procédure civile*. Il s'en est tenu au second moyen tiré du Code et à celui tiré de la *Loi sur la faillite (précitée)*.

Ces deux moyens sont, selon l'appelant, fondés sur autant d'erreurs contenues dans le jugement de la Cour d'appel. Je cite le mémoire de ses procureurs:

Nous ferons maintenant un exposé succinct, le tout respectueusement soumis, de ce qui, selon les procureurs soussignés, constitue des erreurs dans le jugement dont appel. Ce sont successivement:

- 1) Le fait de ne pas avoir appliqué l'article 569 alinéa 3 du Code de Procédure Civile, les biens immeubles qui ont été vendus n'étant pas possédés «*animo domini*».

Le syndic appelant étant devenu propriétaire de par la loi du bien immeuble qui devait être vendu, le défendeur failli, l'intimé Emilien Porlier, n'en était plus propriétaire ou possesseur *animo domini*.

(2) The fact that it did not apply s. 53 of the Bankruptcy Act to the case at issue, and instead applied s. 51 of that Act;

We respectfully submit that a judicial sale is contemplated by one or more of the words used in s. 53 of the Bankruptcy Act, and in particular by the word "transfer", and that in the case at bar, there was neither good faith nor, in particular, any adequate valuable consideration in this judicial sale, to such an extent that it is fundamentally void.

FIRST ARGUMENT: THIRD PARAGRAPH OF ART. 569 C.C.P.

Article 569 reads:

569. A creditor may seize and sell the moveable property of his debtor which is in the possession of the latter, that in his own possession and that in the possession of third parties who consent thereto.

He may, in all cases, seize by garnishment in the hands of a third party sums and effects due or belonging to the debtor.

He may also seize in execution the immoveable property of which the debtor is or is reputed to be in possession as owner.

Appellant did not dispute that at the time of the seizure the debtor held the immovable as owner. That was no longer the case when the sale took place, because the ownership had passed into his hands as trustee. [TRANSLATION] "Does the rule stated in para. 3 of art. 569 C.C.P. apply only to the time of seizure", he asked, "or at the time of the sale as well?"

Appellant answered this question as follows:

[TRANSLATION] The words used in French are "saisir-exécuter". This phrase is also found in paras. 1 and 3 of art. 569. It is true that in para. 3 of the said article, the English version states "He may also seize in execution", but the text is even clearer in the translation of the words "saisir-exécuter" in para. 1 of the article: "seize and sell".

We accordingly conclude that the para. 3 rule applies both to the seizure and the sale.

In support of this proposition appellant cited several cases in which a sale that could not be challenged on the grounds listed in arts. 698 *et seq.* C.C.P. (or the corresponding provisions of the earlier Code) was vacated in accordance with art.

2) Le fait de ne pas avoir appliqué l'article 53 de la Loi de faillite au cas soumis, et d'y avoir plutôt vu l'application de l'article 51 de cette même Loi.

Nous soumettons en effet respectueusement que la vente en justice est prévue par l'un ou plusieurs des mots utilisés dans l'article 53 de la Loi de faillite et plus particulièrement par le mot «transfert» et qu'en l'occurrence, il n'y eut ni bonne foi ni surtout contrepartie valable et suffisante lors de cette vente en justice, si bien qu'elle est radicalement nulle.

LE PREMIER MOYEN: LE TROISIEME ALINEA DE L'ART. 569 C.P.C.

L'article 569 se lit:

569. Le créancier peut faire saisir-exécuter les biens meubles du débiteur qui sont en la possession de ce dernier, ceux qu'il possède lui-même, ainsi que ceux qui sont en la possession d'un tiers qui consent à la saisie.

Il peut, dans tous les cas, faire saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets dus ou appartenant à son débiteur.

Le créancier peut aussi faire saisir-exécuter les biens immeubles que le débiteur possède ou est réputé posséder *animo domini*.

L'appellant ne conteste pas qu'au moment de la saisie le débiteur possédait l'immeuble *animo domini*. Tel n'était plus le cas au moment de la vente car la propriété était passée entre ses mains en sa qualité de syndic. «Or», dit-il, «la règle posée par l'article 569 alinéa 3 C.P.C. s'applique-t-elle seulement lors de la saisie ou encore également lors de la vente?»

A cette question l'appellant répond de la façon suivante:

En français les mots utilisés sont «saisir-exécuter». On retrouve cette expression aux alinéas 1 et 3 de l'article 569. Il est vrai que l'alinéa 3 dudit article dans son texte anglais stipule «He may also seize in execution», mais le texte est encore plus clair lorsque l'on voit la traduction des mots «saisir-exécuter» dans l'alinéa premier de l'article: «seize and sell».

Nous en concluons donc que cette règle de l'alinéa 3 s'applique à la fois à la saisie et à la vente.

Au soutien de cette proposition l'appellant cite plusieurs arrêts où un décret inattaquable au plan des motifs énumérés dans les art. 698 *et seq.* C.p.c. (ou les dispositions correspondantes du code antérieur), a été annulé en application de l'art. 569

569 C.C.P., because ownership of either the movable or immovable property sold did not rest with the debtor: *Héroux v. Banque Royale du Canada*; *St-Germain v. Nicholson*, [1942] S.C.R. 1; *Boileau v. Attorney general of Quebec et al.*, [1957] S.C.R. 463; *Patton v. Morin* (1865), 16 L.C.R. 267; *Dufresne v. Dixon* (1889), 16 S.C.R. 596; *Brook v. Booker* (1909), 41 S.C.R. 331 affirming the Court of Appeal for Quebec (1907), 17 Que. K.B. 193; *Vézina v. Lafortune* (1918), 56 S.C.R. 246.

However, in none of these cases are the facts similar to those in the case at bar, in which ownership allegedly changed hands between the seizure and the sale. In each case, at the time of the seizure the debtor was already not in possession as owner.

In *Héroux (supra)* which was chiefly relied on by appellant, Rinfret J., as he then was, rendering judgment for the Court, appeared to suggest by the language he used, in the submission of appellant, a distinction between the time of the seizure and the time of the sale, and so made possible the interpretation put forward by appellant. The latter cited, in particular, the following passages at p. 9:

But we can find nowhere, either in the doctrine or the jurisprudence, that judicial seizure and sale of moveable property not in the possession of a judgment debtor will deprive the true owner of his title and will confer on the *adjudicataire* a title which cannot be defeated and which he may oppose to the revendication of the true owner.

There was no lawful execution and adjudication of that moveable property within the meaning of arts. 665 and 668 C.C.P., because the property was not seized in the judgment debtor's possession; but, on the contrary, it was in the physical possession of the North Western Timber Company Limited and, in fact, in the legal possession of the respondents themselves. There was no sale "under the authority of law" such as to give effect to art. 668 C.C.P. and to art. 2268 C.C., and the appellant *adjudicataires* cannot, for those reasons, prevent the revendication of the true owners, the respondents.

Aside from the fact that in that case, as counsel for respondent Neurhor pointed out, a seizure and

*C.p.c.*, parce que la propriété tantôt des biens meubles, tantôt des immeubles vendus n'était pas celle du débiteur: *Héroux c. Banque Royale du Canada*; *St-Germain c. Nicholson*, [1942] R.C.S. 1; *Boileau c. Procureur général du Québec et al.*, [1957] R.C.S. 463; *Patton c. Morin* (1865), 16 L.C.R. 267; *Dufresne c. Dixon*, (1889), 16 R.C.S. 596; *Brook c. Booker* (1909), 41 R.C.S. 331 confirmant la Cour d'appel du Québec (1907), 17 B.R. 193; *Vézina c. Lafortune* (1918), 56 R.C.S. 246.

Dans aucun de ces arrêts cependant les faits ne s'apparentent à ceux de l'espèce où la propriété aurait changé de mains entre la saisie et la vente. Dans chaque cas, déjà au moment de la saisie le débiteur ne possédait pas *animo domini*.

<sup>d</sup> Dans l'affaire *Héroux* (précitée) sur laquelle l'appelant s'appuie principalement, le juge Rinfret, plus tard Juge en chef, qui a rendu le jugement de la Cour, aurait par son langage laissé entrevoir, selon l'appelant, la distinction entre le moment de la saisie et le moment de la vente et ainsi rendu possible l'interprétation que suggère l'appelant. Celui-ci cite notamment les passages suivants, à la p. 9:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Mais nous ne pouvons trouver nulle part, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, que la saisie et la vente en justice d'un bien meuble qui n'est pas en la possession du saisi ait comme effet de priver le propriétaire véritable de son titre et de transmettre à <sup>g</sup> l'adjudicataire un titre incontestable qu'il peut opposer au véritable propriétaire.

Il n'y a pas eu d'exécution ni d'adjudication légale de ce bien meuble au sens des art. 665 et 668 C.p.c., parce qu'au moment de la saisie le bien n'était pas en la possession du saisi; au contraire, il se trouvait matériellement en la possession de North Western Timber Company Limited, et, en réalité, en la possession légale des intimés eux-mêmes. Il n'y a pas eu de vente "par autorité de justice" qui rendrait applicables l'art. 668 C.p.c. et l'art. 2268 C.c., et les adjudicataires-appellants ne peuvent, pour ces motifs, empêcher la revendication des propriétaires véritables, les intimés.

<sup>j</sup> Outre que dans cette affaire, comme l'a fait observer le procureur de l'intimé Neurhor, il

a a sale of movable property was involved, I see nothing in the passages cited to support appellant's argument, or to suggest as he does that this is what Rinfret J. had in mind. Stating the question to be answered at the outset of his opinion, he wrote at p. 2:

The question is whether the owner of moveable property may revendicate it against the *adjudicataire* at a bailiff's sale, when the seizure has taken place *super non domino et non possidente*.

This passage only contains the word "seizure". I would add that the provision commented on by Rinfret J. throughout his opinion is the English version of art. 613 *C.C.P.* (now art. 569). It contains only the verb "seize". The article read:

**613.** A creditor may seize in execution the moveable or the immoveable property of his debtor, in such debtor's possession, as well as any corporeal moveables in the possession of the creditors or of third parties who consent thereto.

Further, art. 1587 *C.C.*, which preserves for the evicted buyer his remedy against the prosecuting creditor "by reason of informalities in the proceedings, or of the seizure of property not ostensibly belonging to the debtor", refers only to seizure. It does not deal with the title of the debtor at the time of the sale.

I do not mean by this that ownership does not pass to the trustee at the time of the assignment, and solely by operation of law. I will return to this point below. However, I would say that this does not have the effect, without more, of making a judicial sale void or voidable. The *Code of Civil Procedure* and the *Civil Code* do not operate in this way, and their provisions are not contradicted by the *Bankruptcy Act* (*supra*). In order to assert the rights vested in him, a trustee must take certain action which will be discussed below.

When the seizure has been validly made against the person possessing as owner, the procedure leading to sale becomes applicable. Article 673 *C.C.P.* provides that:

s'agissait d'une saisie et d'une vente de biens meubles, je ne vois rien dans les passages cités qui appuie la prétention de l'appelant ni qui permette de conclure comme il le fait que c'est ce que le juge Rinfret avait à l'esprit. En effet, posant au début de son opinion la question à décider, il écrit à la p. 2:

[TRADUCTION] Il s'agit de savoir si le propriétaire d'un bien meuble peut le revendiquer entre les mains de celui qui en est devenu l'adjudicataire lors de la vente par huissier, lorsque la saisie a eu lieu *super non domino et non possidente*.

L'on ne trouve dans ce passage que le mot «seizure». J'ajouterai que le texte que le juge Rinfret commentait tout au long de son opinion est la version anglaise de l'art. 613 *C.p.c.* (maintenant art. 569). On n'y trouve que le verbe «seize».

L'article se lisait:

**613.** A creditor may seize in execution the moveable or the immoveable property of his debtor, in such debtor's possession, as well as any corporeal moveables in the possession of the creditors or of third parties who consent thereto.

D'autre part l'art. 1587 *C.c.* qui conserve à l'adjudicataire évincé son recours contre le créancier poursuivant «à raison des informalités de la saisie, ou de ce qu'elle a été faite d'une chose qui n'appartenait pas ostensiblement au débiteur», ne réfère qu'à la saisie. Il ne traite pas du titre du débiteur au moment de la vente.

Je ne dis pas pour autant que la propriété ne passe pas au syndic au moment de la cession et par le seul effet de la loi. J'y reviendrai. Je dis cependant que cela, sans plus, n'a pas pour effet de rendre la vente en justice nulle ou annulable. Le *Code de procédure civile* et le *Code civil* n'opèrent pas de cette façon et leurs dispositions ne sont pas contredites par la *Loi sur la faillite* (précitée). Le syndic pour faire valoir les droits qui lui sont dévolus doit prendre certaines mesures dont il sera question plus loin.

La saisie étant faite valablement et contre le possesseur *animo domini*, la procédure conduisant à la vente se trouve engagée. L'article 673 *C.p.c.* dispose que:

673. The sale cannot be suspended except by the consent of the parties, by a judge's order, or if there is an opposition.

In the case at bar the sheriff had no choice. There was no consent by the parties, order of a judge or opposition. The sale could not be suspended.

Then, art. 688 *C.C.P.* provides that: "The immovable must be adjudged to the last bidder; when there is only one bidder, he must be declared the purchaser." That is what happened.

However, appellant cited, finally, subs. 5 of s. 50 of the *Bankruptcy Act (supra)*:

50. . . .

(5) On a receiving order being made or an assignment being filed with an official receiver, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and subject to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment, and in any case of change of trustee the property shall pass from trustee to trustee without any conveyance, assignment or transfer.

This subsection cannot be viewed in isolation. Moreover, it provides that the property of the bankrupt shall pass to and vest in the trustee forthwith "subject to this Act". Subsections (6) and (7) of s. 50 provide:

(6) The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by such law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

(7) No receiving order or assignment or other document made or executed under authority of this Act shall, except as in this Act otherwise provided, be within the operation of any legislative enactment now or at any time in force in any province of Canada relating to deeds, mortgages, judgments, bills of sale, chattel mortgages, property or registration of documents affecting title to or liens or charges upon property, real or personal, immovable or movable.

673. La vente ne peut être suspendue que si les parties y consentent, si un juge l'ordonne, ou s'il y a opposition.

En l'espèce le shérif n'avait pas le choix. Il n'y a eu ni consentement des parties, ni ordonnance d'un juge, ni opposition. La vente ne pouvait être suspendue.

Puis, l'art. 688 *C.p.c.* porte que: «L'immeuble doit être adjugé au dernier enchérisseur; s'il n'y a qu'un offrant, il doit être déclaré adjudicataire.» C'est ce qui s'est produit.

L'appelant cite cependant en dernier lieu le par. 5 de l'art. 50 de la *Loi sur la faillite (précitée)*:

50. . . .

(5) Lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue, ou qu'une cession est produite auprès d'un séquestre officiel, un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent, sauf les dispositions de la présente loi et sous réserve des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic nommé dans l'ordonnance de séquestre ou dans la cession, et advenant un changement de syndic, les biens passent de syndic à syndic sans transport, cession ni transfert quelconque.

Ce paragraphe ne peut être considéré de façon isolée. Il stipule d'ailleurs que c'est «sauf les dispositions de la présente loi» que les biens du failli doivent immédiatement passer et être dévolus au syndic. Les paragraphes (6) et (7) du même art. 50 stipulent:

(6) Les dispositions de la présente loi ne sont pas censées abroger ou remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec les dispositions de la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi.

(7) Nulle ordonnance de séquestre, cession ou autre document fait ou souscrit sous l'autorité de la présente loi, n'est sujet, sauf dispositions contraires de la présente loi, à l'application de toute loi présentement ou à toute époque en vigueur dans une province du Canada relativement aux actes, hypothèques, jugements, actes de vente, nantissements, biens ou enregistrements de pièces affectant le titre aux biens, réels ou personnels, mobiliers ou immobiliers, ou les privilèges ou charges sur ces biens.

Subsection (2) of s. 51 provides that a sheriff who has seized the property of a bankrupt shall "upon receiving a copy of the assignment or of the receiving order certified by the trustee as a true copy thereof", forthwith deliver to the trustee all the property of the bankrupt in his hands. The sheriff must therefore deliver the property only on receiving a copy of the assignment. In the case at bar, he received none. If, however, the sheriff, as in the case at bar, has sold the property, he must under s. 51(3) deliver to the trustee the money so realized, and this is what the Superior Court judgment ordered him to do.

Subsection (1) of s. 52 provides that the trustee may cause a copy of the assignment to be registered on the immovables of the bankrupt in the appropriate registry office. Under subs. (2) of s. 52, the trustee is at the same time entitled to be registered as owner of the immovable. None of this was done in the case at bar.

Section 53 provides, finally, that the property of a bankrupt may even be disposed of to a *bona fide* purchaser for adequate valuable consideration "unless the receiving order or assignment, or notice thereof, or caution, has been registered against the property in the proper office prior to the registration . . ."

On registration in particular, Duncan and Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, 3rd ed., 1961, wrote at p. 412:

A trustee is now in the same position as to registration for the purpose of giving notice as any other person claiming an interest in land which he desires to protect and the duty is now imposed on a trustee to protect any interest he may have, by registering promptly a copy of the assignment or receiving order pursuant to section 43(1), or a caveat as provided for by section 43(3).

In the case at bar, the procedure of seizure and sale was validly performed, there was neither consent by the parties nor an order by a judge, no opposition was served on the sheriff, he was not sent a copy of the assignment and the assignment was not registered. The sale could not be suspended (art. 673 *C.C.P.*) and as there was only one bidder he had to be declared the purchaser (art.

Le paragraphe (2) de l'art. 51 édicte que le shérif qui a saisi des biens du failli doit «sur réception d'une copie de la cession ou de l'ordonnance de séquestre certifiée conforme par le syndic», livrer immédiatement à celui-ci tous les biens du failli qu'il a en sa possession. Ce n'est donc que sur réception d'une copie de la cession que le shérif doit remettre les biens. En l'espèce, il n'en a pas reçu. Si par contre le shérif, comme en l'espèce, a vendu les biens il doit aux termes du par. (3) de l'art. 51 remettre au syndic les sommes d'argent qu'il a ainsi réalisées, ce que d'ailleurs lui ordonne de faire le jugement de la Cour supérieure.

Le paragraphe (1) de l'art. 52 prévoit que le syndic peut faire enregistrer une copie de la cession sur les immeubles du failli au bureau d'enregistrement approprié. Suivant le par. (2) de l'art. 52, le syndic à la même occasion a le droit d'être enregistré comme le propriétaire de l'immeuble. Rien de ceci n'a été fait en l'espèce.

L'article 53 prévoit enfin qu'il peut même être disposé des biens du failli en faveur d'une personne de bonne foi, pour contrepartie valable et suffisante, «à moins que l'ordonnance de séquestre, la cession, ou un avis de cette ordonnance ou de cette cession, ou un avis, n'ait été enregistré contre les biens au bureau approprié, antérieurement . . .»

Sur l'enregistrement, en particulier, Duncan et Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, 3<sup>e</sup> éd., 1961, écrivent à la p. 412:

[TRADUCTION] Un syndic est alors dans la même situation vis-à-vis de l'enregistrement et de la notification que toute autre personne qui prétend à un droit sur un bien-fonds qu'il veut préserver et le syndic a maintenant l'obligation de protéger tout droit qu'il peut avoir en enregistrant avec diligence une copie de la cession de biens ou de l'ordonnance de séquestre en exécution du par. 43(1) ou un caveat en exécution du par. 43(3).

En l'espèce, la procédure de saisie et de vente a été valablement engagée, il n'y a eu ni consentement des parties, ni ordonnance d'un juge, aucune opposition n'a été signifiée au shérif, copie de la cession ne lui a pas été envoyée, la cession n'a pas été enregistrée. La vente ne pouvait être suspendue (art. 673 *C.p.c.*) et comme il n'y eut qu'un offrant il devait être déclaré adjudicataire (art. 688

688 C.C.P.). This sale was neither void nor voidable on the ground that it was not made against the possessor as owner.

**SECOND ARGUMENT: S. 53 OF THE BANKRUPTCY ACT**

It is necessary to cite in their entirety ss. 51, 52 and 53 of the *Bankruptcy Act*, which as counsel for respondent Neurhor submitted, must be read as a whole:

51. (1) An execution levied by seizure and sale of the property of a bankrupt is not invalid by reason only of its being an act of bankruptcy, and a person who purchases the property in good faith under a sale by the sheriff acquires a good title thereto against the trustee.

(2) Where an assignment or a receiving order has been made, the sheriff or other officer of any court or any other person having seized property of the bankrupt under execution or attachment or any other process shall, upon receiving a copy of the assignment or of the receiving order certified by the trustee as a true copy thereof, forthwith deliver to the trustee all the property of the bankrupt in his hands.

(3) Where the sheriff has sold the property of the bankrupt or any part thereof, he shall deliver to the trustee the money so realized by him less his fees and the costs referred to in subsection 50(2).

(4) Any property of a bankrupt under seizure for rent or taxes shall on production of a copy of the receiving order or the assignment certified by the trustee as a true copy thereof be delivered forthwith to the trustee, but the costs of distress are a first charge thereon, and, if such property or any part thereof has been sold, the money realized therefrom less the costs of distress and sale shall be paid to the trustee.

52. (1) Every receiving order, or a true copy thereof certified by the registrar or other officer of the court that made it, and every assignment, or a true copy thereof certified by the official receiver, may be registered by or on behalf of the trustee in respect of the whole or any part of any real or immovable property that the bankrupt owns or in which he has any interest or estate in the proper office in every district, county and territory wherein, according to the law of the province in which such real or immovable property is situated, deeds or transfers of title and other documents relating to lands or immovables or any interest therein may be registered.

*C.p.c.*). Cette vente n'est pas nulle ni annulable au motif qu'elle n'aurait pas été faite contre le possesseur *animo domini*.

**LE DEUXIEME MOYEN: L'ART. 53 DE LA LOI SUR LA FAILLITE**

Il faut citer en entier les art. 51, 52 et 53 de la *Loi sur la faillite* qui, comme le soumet le procureur de l'intimé Neurhor, doivent se lire comme un tout:

51. (1) Une exécution exercée par saisie et vente des biens d'un failli n'est pas invalide pour le seul motif qu'elle est un acte de faillite, et une personne qui achète de bonne foi ces biens à une vente faite par le shérif acquiert un titre valable à ces biens contre le syndic.

(2) S'il a été fait une cession ou s'il a été rendu une ordonnance de séquestre, le shérif ou tout autre officier d'une cour, ou toute autre personne ayant saisi des biens du failli en vertu d'une exécution, d'une saisie-arrêt ou de toute autre procédure, doit, sur réception d'une copie de la cession ou de l'ordonnance de séquestre certifiée conforme par le syndic, livrer immédiatement au syndic tous les biens du failli qu'il a en sa possession.

(3) Si le shérif a vendu les biens du failli ou une partie de ces biens, il doit remettre au syndic les sommes d'argent qu'il a ainsi réalisées, moins ses honoraires et les frais mentionnés au paragraphe 50(2).

(4) Sur production d'une copie de l'ordonnance de séquestre ou de la cession, que le syndic a certifiée conforme, tout bien d'un failli saisi pour loyer ou pour taxes doit être remis immédiatement au syndic; mais les frais de saisie constituent une première charge sur ces biens, et si lesdits biens ou une partie de ces biens ont été vendus, les sommes d'argent en provenant, moins les frais de la saisie et de la vente, doivent être remis au syndic.

52. (1) Toute ordonnance de séquestre, ou une copie conforme d'une telle ordonnance certifiée par le registraire ou par un autre officier du tribunal qui l'a rendue, et chaque cession, ou une copie conforme de celle-ci certifiée par le séquestre officiel, peuvent être enregistrées par le syndic ou en son nom, relativement à la totalité ou à une partie de tout bien réel ou immobilier appartenant au failli ou dans lequel il a un intérêt ou un droit, au bureau autorisé de chaque district, comté et territoire où, selon la loi de la province dans laquelle sont situés pareils biens réels ou immobiliers, peuvent être enregistrés des actes ou des transports de titres, ainsi que d'autres documents relatifs à des biens-fonds ou à des immeubles, ou à tout intérêt y afférent.



(2) Where a bankrupt is the registered owner of any land or charge, the trustee, on registration of the documents referred to in subsection (1), is entitled to be registered as owner of the land or charge free of all encumbrances or charges mentioned in subsection 50(1).

(3) Where a bankrupt owns any land or charge registered under a Land Titles Act or has or is believed to have any interest or estate therein, and for any reason a copy of the receiving order or assignment has not been registered as provided in subsection (1), a caveat or caution may be lodged with the proper master or registrar by the trustee, and any registration thereafter made in respect of such land or charge is subject to such caveat or caution unless it has been removed or cancelled under the provisions of the Land Titles Act under which such land or charge or interest is registered.

(4) Every registrar to whom a trustee tenders or causes to be tendered for registration any receiving order or assignment or other document shall register it according to the ordinary procedure for registering within such office documents relating to real or immovable property.

53. Notwithstanding anything in this Act, a deed, conveyance, transfer, agreement for sale, mortgage, charge or hypothec made to or in favour of a *bona fide* purchaser or mortgagee for adequate valuable consideration and covering any real or immovable property affected by a receiving order or an assignment under this Act, is valid and effectual according to the tenor thereof and according to the laws of the province in which the said property is situated as fully and effectually and to all intents and purposes as if no receiving order or assignment had been made under this Act, unless the receiving order or assignment, or notice thereof, or caution, has been registered against the property in the proper office prior to the registration of the deed, conveyance, transfer, agreement for sale, mortgage, charge or hypothec in accordance with the laws of the province in which the property is situated.

Respondent Neurhor submitted that it is s. 51 which applies in the case at bar, and under subs. (1), as he purchased the immovable in good faith at a sale made by the sheriff, he acquired a good title against the trustee.

(2) Lorsqu'un failli est le propriétaire enregistré d'un bien-fonds ou d'un privilège, le syndic, lors de l'enregistrement des documents mentionnés au paragraphe (1), a le droit d'être enregistré comme le propriétaire du bien-fonds ou du privilège, libre de toutes charges mentionnées au paragraphe 50(1).

(3) Lorsqu'un failli est propriétaire d'un bien-fonds ou privilège enregistré en vertu d'une loi sur les titres de biens-fonds, ou qu'il y détient ou est réputé y détenir un intérêt ou un droit, et que, pour une raison quelconque, une copie de l'ordonnance de séquestre ou de la cession n'a pas été enregistrée tel qu'il est stipulé au paragraphe (1), un caveat ou avis peut être déposé par le syndic auprès du registraire compétent. Tout enregistrement subséquent fait relativement à pareil bien-fonds ou privilège est soumis à un tel caveat ou avis, à moins qu'il n'ait été révoqué ou annulé en vertu des dispositions de la loi sur les titres de biens-fonds sous le régime de laquelle est enregistré tel bien-fonds, privilège ou intérêt.

(4) Tout registraire à qui un syndic présente ou fait présenter pour enregistrement une ordonnance de séquestre, cession ou autre pièce, doit l'enregistrer suivant la procédure ordinaire suivie à ce bureau pour l'enregistrement des pièces relatives aux immeubles.

53. Nonobstant toute disposition de la présente loi, un acte, transport, transfert, contrat de vente, *mortgage*, privilège ou hypothèque, consenti à un acheteur ou à un créancier hypothécaire de bonne foi, ou consenti en sa faveur, pour contrepartie valable et suffisante, et couvrant des biens immeubles visés par une ordonnance de séquestre ou une cession en vertu de la présente loi, est valable et efficace selon sa teneur et selon les lois de la province dans laquelle lesdits biens sont situés, aussi pleinement et efficacement, et pour toutes fins et intentions, que si aucune ordonnance de séquestre n'avait été rendue ou cession faite en vertu de la présente loi, à moins que l'ordonnance de séquestre, la cession, ou un avis de cette ordonnance ou de cette cession, ou un avis n'ait été enregistré contre les biens au bureau approprié, antérieurement à l'enregistrement de l'acte, du transport, transfert, contrat de vente, *mortgage*, privilège ou hypothèque, conformément aux lois de la province où sont situés les biens.

Selon l'intimé Neurhor c'est l'art. 51 qui s'applique en l'espèce et aux termes du par. (1), ayant acheté l'immeuble de bonne foi à une vente faite par le shérif il a acquis un titre valable contre le syndic.

Appellant submitted that s. 51 only applies in the case of a judicial sale made before the bankruptcy. He argued that it is s. 53 which applies in the case of a judicial sale made after the bankruptcy. In his view, the judicial sale constitutes a "transfer" within the meaning of s. 53, and in order for this transfer made before registration of the assignment in the proper registry office to be valid, it must have been made in favour of a *bona fide* purchaser and for adequate valuable consideration. Appellant further submitted that in the case at bar there was neither good faith nor adequate valuable consideration, with the result that the transfer is void.

I will dispose at once of the question of good faith, with application both to s. 51, where good faith is the only condition required, and to s. 53.

In this regard the Superior Court judge wrote:

[TRANSLATION] Germain Neurohr [*sic*] bought these immovables at auction: he complied with the procedure prescribed for such a sale; he therefore cannot be accused of bad faith. There is further no evidence that he acted in bad faith.

For the Court of Appeal, L'Heureux-Dubé J.A. wrote:

[TRANSLATION] The evidence here shows clearly that the purchaser was in good faith and that he was sold the immovable because he was the only, and thus the highest, bidder.

This twofold ruling by the Superior Court and the Court of Appeal disposes of the question of respondent Neurohr's good faith, and there is no need to discuss the matter further.

As mentioned above, appellant contended that s. 51 applied only in the case of a judicial sale prior to bankruptcy. He based this conclusion on the presence of the following wording at the beginning of subs. (1) of that section: "An execution levied by seizure and sale of the property of a bankrupt is not invalid by reason only of its being an act of bankruptcy", and on his analysis of the other subsections of s. 51, to which I will return.

Selon l'appelant, l'art. 51 ne s'appliquerait que dans le cas d'une vente en justice faite avant la faillite. C'est l'art. 53 qui s'appliquerait dans le cas d'une vente en justice faite après la faillite. La vente en justice constituerait, selon lui, un «transfert» au sens de l'art. 53 et pour que ce transfert effectué avant l'enregistrement de la cession au bureau d'enregistrement approprié soit valide, il faut qu'il soit fait en faveur d'un acheteur de bonne foi et pour contrepartie valable et suffisante. Toujours selon l'appelant, en l'espèce il n'y a eu ni bonne foi, ni contrepartie valable et suffisante, si bien que le transfert est nul.

Je disposerai dès maintenant de la question de la bonne foi et cela vaudra tant en ce qui concerne l'art. 51 où la bonne foi est la seule condition requise, qu'en ce qui concerne l'art. 53.

A ce sujet le juge de la Cour supérieure écrit:

Germain Neurohr (*sic*) a acheté ces immeubles lors d'une vente aux enchères: il s'est plié à la procédure prescrite lors de telle vente: on ne peut donc le taxer de mauvaise foi. D'ailleurs, il n'y a aucune preuve à l'effet qu'il a agi de mauvaise foi.

Au nom de la Cour d'appel, le juge L'Heureux-Dubé écrit:

La preuve révèle clairement ici que l'adjudicataire était de bonne foi et que l'immeuble lui a été adjugé parce qu'il était le seul, donc le plus haut enchérisseur.

Cette double détermination par la Cour supérieure et par la Cour d'appel dispose de la question de la bonne foi de l'intimé Neurohr et il n'y a pas lieu d'y revenir.

Comme je l'ai mentionné, selon l'appelant, l'art. 51 ne s'appliquerait que dans le cas d'une vente en justice antérieure à la faillite. Il fonde cette conclusion sur la présence du membre de phrase suivant au début du par. (1) de cet article: «Une exécution exercée par saisie et vente des biens d'un failli n'est pas invalide pour le seul motif qu'elle est un acte de faillite», et sur l'analyse qu'il fait des autres paragraphes de l'art. 51, sur quoi je reviendrai.

As to s. 53, appellant first noted these words at the beginning: "Notwithstanding anything in this Act", so that in his opinion this section, if it can be applied to a judicial sale, must take precedence over s. 51. In his submission it is the word "transfer" which makes the section extend to a judicial sale. He argued that this word has a very wide meaning which goes beyond some dictionary definitions, and he cited a decision of this Court, *American-Abell Engine and Thresher Co. v. McMillan* (1909), 42 S.C.R. 377, in which Duff J., as he then was, at p. 394 cites the following passages from James L.J. and Lush L.J. in *Gathercole v. Smith* (1881), 17 Ch. D. 1:

Now "transfer" is one of the widest terms that can be used. It appears to me that very word was used by the legislature not only to prevent the incumbent from assigning himself, but for preventing any transfer by operation of law *in invitum* — not only to prevent a voluntary dealing by an incumbent with an annuity, but to prevent the annuity vesting in a trustee in bankruptcy, or being seized or attached under a garnishee order, by an execution creditor, or otherwise transferred. [James L.J., at p. 7]

Clearly the words "shall not be transferable at law or in equity" do say that he shall not be at liberty to encumber it either directly by assignment or indirectly by suffering a judgment. [Lush L.J., at p. 10].

The latter case concerned a pension of a retired minister of religion, and the applicable statute provided that such a pension "shall not be transferable at law or in equity". The debtor of the pension, who was the pensioner's creditor, sought to withhold the pension to set off against his claim. It was held that the pensioner could not himself transfer his pension, that the pension was not subject to attachment and that the debtor of the pension could not keep it to set off against his claim against the pensioner.

In *American-Abell* (*supra*) the question was whether the contract by which McMillan gave his property as security for a debt constituted a transfer within the meaning of s. 142 of the *Dominion Lands Act*, R.S.C. 1906, c. 55.

Quant à l'art. 53, l'appelant note d'abord ces mots que l'on retrouve au début: «Nonobstant toute disposition de la présente loi», de sorte que, dit-il, cet article, s'il peut s'appliquer à une vente en justice, doit primer sur l'art. 51. Selon lui c'est le mot «transfert» qui fait que l'article s'étend à une vente en justice. Ce mot, dit-il, a un sens très large et outre quelques définitions de dictionnaire, il cite un arrêt de cette Cour: *American-Abell Engine and Thresher Co. c. McMillan* (1909), 42 R.C.S. 377 dans lequel, à la p. 394, le juge Duff, plus tard Juge en chef, cite les passages suivants du lord juge James et du lord juge Lush dans *Gathercole v. Smith* (1881), 17 Ch. D. 1:

[TRADUCTION] Or, «transfert» est un terme des plus généraux. A mon avis, le législateur a employé précisément ce mot pour empêcher le titulaire de céder lui-même, mais aussi empêcher tout transfert par application de la loi *in invitum*—non seulement pour empêcher toute opération du titulaire sur l'annuité, mais pour empêcher la cession de l'annuité à un syndic de faillite ou sa saisie par saisie-arrêt ou par un créancier saisissant ou toute autre forme de transfert. [Le lord juge James, à la p. 7]

Manifestement les mots «ne sera cessible ni en droit ni en equity» signifient qu'il n'aura pas la faculté de l'aliéner directement par cession ni indirectement en étant l'objet d'un jugement. [Le lord juge Lush, à la p. 10].

Dans cette dernière affaire, il s'agissait de la pension d'un ministre du culte à la retraite au sujet de laquelle la loi pertinente stipulait que telle pension «ne sera cessible ni en droit ni en equity». Le débiteur de la pension, lui-même créancier du pensionné, prétendait retenir la pension en compensation de sa créance. Il fut décidé que le pensionné ne pouvait lui-même transférer sa pension, que cette pension était insaisissable et que le débiteur de la pension ne pouvait la retenir en compensation de sa créance contre le pensionné.

Dans l'affaire *American-Abell* (précitée) il s'agissait de déterminer si le contrat par lequel McMillan donnait sa propriété en garantie d'une dette constituait un transport (*transfer*) au sens de l'art. 142 de la *Loi des terres fédérales*, S.R.C. 1906, chap. 55.

Both cases concerned something quite different from a judicial sale. Additionally, no decision has been cited relating to a judicial sale and holding that it is s. 53 which applies to a judicial sale subsequent to bankruptcy.

I consider that it is in fact s. 51 which applies.

The aforementioned wording at the beginning of subs. (1) of s. 51 is only there, in the submission of appellant, because that section is based on a corresponding section of the British statute, where its addition became necessary, and he explains:

[TRANSLATION] This section is in fact designed to preserve the validity of a sale at auction before bankruptcy to a *bona fide* purchaser, although this sale constitutes an act of bankruptcy. By their very nature, the acts of bankruptcy listed in s. 24 clearly and exclusively apply to circumstances arising not only before the bankruptcy but in fact before the petition in bankruptcy. It may be asked why the need was felt to validate a judicial sale taking place before the bankruptcy, since under s. 50 the principle is to make them impossible from the date of bankruptcy onwards. The explanation for this provision is purely historical.

It is copied from an analogous provision in the British statute, which made the effect of total avoidance produced by the bankruptcy retroactive not only to the date of the petition or the receiving order, but to the date of the act of bankruptcy, which had occurred long before. However, as the consequence of a judicial decision noting that this solution was sometimes unfair, an attempt was made to correct it. In Canada, where bankruptcy takes effect either on the date of the petition or on the date of the receiving order (s. 50(4)), this provision is not applicable.

These words may not have been necessary and may not have the same application as in the British statute, but it does not follow that they have the effect of making s. 51(1) applicable only to judicial sales made before bankruptcy.

The subsection may quite easily be read as laying down two rules, first that a person who buys the property of a bankrupt in good faith at a sheriff's sale acquires a good title to that property as against the trustee, and second, that such a sale is not invalid solely on the ground that it is an act of bankruptcy.

Dans les deux cas il s'agit de tout autre chose qu'une vente en justice. Par ailleurs, aucun arrêt n'a été cité qui se rapporte à une vente en justice et où il aurait été déterminé que c'est l'art. 53 qui s'applique à une vente en justice postérieure à la faillite.

Je crois plutôt que c'est l'art. 51 qui s'applique.

Le membre de phrase précité du début du par. (1) de l'art. 51 ne s'y trouve, selon l'appelant, que parce que cet article est inspiré d'un article correspondant de la loi anglaise où son addition était devenue nécessaire et il explique:

Cet article vise en effet à conserver la validité d'une vente aux enchères faite avant la faillite en faveur d'un adjudicataire de bonne foi, bien que cette vente constitue un acte de faillite. De leur nature même, les actes de faillite qui sont énumérés à l'article 24 concernent de façon claire, nette et exclusive, les circonstances qui surviennent non seulement avant la faillite mais également avant la pétition de faillite. L'on peut s'interroger pourquoi l'on a senti le besoin de valider une vente en justice qui survient avant la faillite puisque le principe, suivant l'article 50, est de les rendre impossibles à partir de la faillite. C'est strictement sur un plan historique que cette disposition s'explique.

En effet, elle est copiée sur un texte analogue dans la loi anglaise qui, elle, faisait rétroagir l'effet d'annulation totale que produit la faillite non seulement à la date de la pétition ou de l'ordonnance de séquestre, mais à la date de l'acte de faillite, survenu bien antérieurement. A la suite d'une décision judiciaire soulignant que cette solution était inéquitable parfois, on a voulu la corriger. Au Canada où la faillite prend effet soit à la date de la pétition, soit à la date d'ordonnance de séquestre (article 50 par. 4), cette disposition n'a pas de portée.

Ces mots n'étaient peut-être pas nécessaires et n'ont peut-être pas la même portée que dans la loi anglaise, mais il ne s'ensuit pas qu'ils ont pour effet de rendre le par. 51(1) applicable aux seules ventes en justice effectuées avant la faillite.

Le paragraphe peut fort bien se lire comme posant deux règles, soit que d'une part une personne qui achète de bonne foi des biens d'un failli à une vente faite par le shérif acquiert un titre valable à ces biens contre le syndic et que d'autre part une telle vente n'est pas invalide pour le seul motif qu'elle est un acte de faillite.

Houlden and Morawetz, *Bankruptcy Law of Canada*, 1960, write regarding this subsection at p. 128:

*A bona fide purchaser at a sheriff's sale acquires good title to the goods purchased as against the trustee in the bankruptcy of the former owner: Sec. 42(1).*

Subsection (1) itself makes no distinction between sales before and after bankruptcy.

In my opinion, the fact that no mention is made of "adequate valuable consideration" as in s. 53 tends to confirm this interpretation. It is consistent with the *Code of Civil Procedure*, which at the time required no minimum amount for a judicial sale and which provided in art. 688 that "when there is only one bidder, he must be declared the purchaser".

Subsection (2) provides that the sheriff shall "upon receiving a copy of the assignment" deliver the property of the bankrupt in his hands to the trustee. This suggests that until he receives a copy of the assignment, he is to continue with his proceedings.

The subsection immediately following provides that where the sheriff has sold the property or any part thereof, not, in my opinion, before the bankruptcy as appellant argued, but before what is provided for in s. 51 itself occurs, namely receipt of a copy of the assignment by the sheriff, the latter shall deliver the money so realized to the trustee.

Similarly, subs. (4) provides that on production of a copy of the assignment "Any property of a bankrupt under seizure for rent or taxes shall [ . . . ] be delivered forthwith to the trustee", and if such property or any part thereof has been sold, the money realized therefrom shall be paid to the trustee. Here again, it is the production of a copy of the assignment which is conclusive, and since we are dealing with property sold before that time, this does not exclude a sale of property made after the bankruptcy but before a copy of the assignment is produced.

Houlden and Morawetz, *Bankruptcy Law of Canada*, 1960, écrivent au sujet de ce paragraphe, à la p. 128:

[TRADUCTION] Un acheteur de bonne foi à une vente du shérif acquiert un titre valable sur les biens achetés, opposable au syndic de la faillite de leur propriétaire: par. 42(1).

Le paragraphe (1) lui-même ne fait aucune distinction entre une vente antérieure et une vente postérieure à la faillite.

Le fait qu'on n'y mentionne pas de «contrepartie valable et suffisante» comme à l'art. 53 tend à mon sens à confirmer cette interprétation. Cela concorde avec le *Code de procédure civile* qui, à l'époque, n'exigeait pour une vente en justice aucune mise à prix et qui dispose en son art. 688 que «s'il n'y a qu'un offrant, il doit être déclaré adjudicataire».

Le paragraphe (2) stipule que le shérif doit «sur réception d'une copie de la cession» livrer au syndic les biens du failli qu'il a en sa possession. Cela donne à entendre que jusqu'à ce qu'il reçoive une copie de la cession, il continue ses procédures.

Le paragraphe qui suit immédiatement prévoit que si le shérif a vendu les biens en tout ou en partie, non pas, selon moi, avant la faillite comme le prétend l'appellant, mais avant que se produise ce que l'art. 51 lui-même prévoit, soit la réception d'une copie de la cession par le shérif, celui-ci doit remettre au syndic les sommes réalisées.

De même le par. (4) prévoit que sur production d'une copie de la cession «tout bien d'un failli saisi pour loyer ou pour taxes doit être remis immédiatement au syndic», et si ces biens ont été vendus en tout ou en partie, les sommes réalisées doivent être remises au syndic. Dans ce cas encore c'est la production d'une copie de la cession qui est déterminante et puisqu'on parle de biens vendus avant ce moment, cela n'exclut pas la vente de biens faite après la faillite mais avant la production d'une copie de la cession.

It follows from this analysis that the possibility of a sheriff's sale before receipt of a copy of the assignment was contemplated. It is not the bankruptcy itself, but the receipt of a copy of the assignment which operates to validate the rights of the trustee on behalf of the creditors and to terminate the sheriff's proceedings.

The price of \$10 is unquestionably astonishing in the circumstances. It is no less surprising that when the sale took place none of the hypothecary creditors were present: initially, their claims had a nominal value exceeding \$60,000. It was of course through error that appellant failed to perform the acts required to enforce the rights of the creditors, but the fact remains that respondent Neurhor bought this immovable in good faith at a sale held by the sheriff and that he acquired a good title against the trustee.

For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Létourneau & Stein, Quebec.*

*Solicitor for the respondent Germain Neurhor: Gaston Hébert, Hauterive.*

Il ressort de cette analyse que l'on envisage la possibilité d'une vente par le shérif avant la réception d'une copie de la cession. Ce n'est pas la faillite elle-même mais la réception d'une copie de la cession qui vient faire valoir les droits du syndic au nom des créanciers et mettre fin aux procédures du shérif.

Il est certain qu'en l'espèce le prix de \$10 a de quoi étonner. N'a rien moins d'étonnant l'absence lors de la vente des créanciers hypothécaires dont les créances à l'origine avaient une valeur nominale de plus de \$60,000. C'est, bien sûr, par erreur que l'appelant n'a pas posé les gestes qu'il fallait pour faire valoir les droits des créanciers, mais il n'en reste pas moins que l'intimé Neurhor a acheté de bonne foi cet immeuble à une vente faite par le shérif et qu'il a acquis un titre valable contre le syndic.

Pour ces motifs je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Létourneau & Stein, Québec.*

*Procureur de l'intimé Germain Neurhor: Gaston Hébert, Hauterive.*

**IN THE MATTER of The Constitutional Questions Act, being c. 63, R.S.A. 1970**

**AND IN THE MATTER of a Reference pursuant thereto by the Lieutenant Governor in Council to the Court of Appeal of Alberta for hearing and consideration of the questions set out in Order in Council No. 1079/80, concerning a tax proposed by the Parliament of Canada on exported natural gas**

File No.: 16521.

1981: June 17, 18; 1982: June 22, 23.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA**

*Constitutional law — Taxation — National Energy Policy — Provincially owned resource — Whether or not proposed federal tax on natural gas exported by Alberta within the legislative competence of Parliament — British North America Act, 1867, R.S.C. 1970, Appendix II, ss. 91(2), (3), 108, 109, 117, 125 — British North America Act, 1930, R.S.C. 1970, Appendix II, s. 1 — Alberta Act, 1905 (Can.), c. 3 (R.S.C. 1970, Appendix II), s. 20(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13 — Petroleum Administration Act, 1974-75-76 (Can.), c. 47 — National Energy Board Act, R.S.C. 1970, c. N-6 — National Energy Board Part VI Regulations, C.R.C. 1978, c. 1056.*

This appeal relates to a levy which the Crown in right of Canada sought to impose upon certain natural gas owned, produced, and to be exported, by the Crown in right of Alberta. The question was whether such natural gas was shielded from the levy by s. 125 of the *B.N.A. Act*. The matter originated in a Reference to the Alberta Court of Appeal by the Lieutenant Governor of that Province. This appeal is from that Court's judgment that the tax did not apply to the gas in question and that, to the extent that it purported to apply to that gas, the tax was *ultra vires* the Parliament of Canada.

*Held* (Laskin C.J. and McIntyre and Lamer JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.: In this case extrinsic materials, specifically the *National Energy Program 1980*, and 1980

**DANS L'AFFAIRE de The Constitutional Questions Act, chap. 63, R.S.A. 1970**

**ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi y relatif par le lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel de l'Alberta pour examen et audition de questions énoncées dans le décret n° 1079/80 concernant une taxe sur le gaz naturel exporté proposée par le Parlement du Canada**

N° du greffe: 16521.

1981: 17, 18 juin; 1982: 22, 23 juin.

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

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

*Droit constitutionnel — Taxation — Politique énergétique nationale — Ressource appartenant à une province — Compétence du Parlement pour imposer la taxe fédérale proposée sur le gaz naturel exporté par l'Alberta — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 91(2), (3), 108, 109, 117, 125 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 1 — Acte de l'Alberta, 1905 (Can.), chap. 3 (S.R.C. 1970, Appendice II), art. 20(1) — Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13 — Loi sur l'administration du pétrole, 1974-75-76 (Can.), chap. 47 — Loi sur l'Office national de l'énergie, S.R.C. 1970, chap. N-6 — Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI), C.R.C. 1978, chap. 1056.*

Le pourvoi concerne une taxe que la Couronne du chef du Canada veut imposer sur du gaz naturel appartenant à la Couronne du chef de l'Alberta, que celle-ci produit et destine à l'exportation. La question est de savoir si l'art. 125 de l'*A.A.N.B.* protège ce gaz naturel contre la taxe en cause. Le pourvoi, qui tire son origine d'un renvoi adressé par le lieutenant-gouverneur de l'Alberta à la Cour d'appel de cette province, attaque l'arrêt par lequel ladite cour a conclu que la taxe ne s'applique pas au gaz en question, et qu'elle est, dans la mesure où elle se veut applicable, *ultra vires* du Parlement du Canada.

*Arrêt* (Le juge en chef Laskin et les juges McIntyre et Lamer sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard: En l'espèce, des documents extrinsèques, plus particulièrement le *Programme énergétique natio-*

federal budget documents, are admissible to show the factual context and purpose of the Bill imposing the proposed tax. A tax on the transit of goods may be imposed for the purpose of raising revenue or for the purpose of regulating trade or both. Viewed in the context of the *National Energy Program 1980*, the 1980 federal budget and existing federal regulatory schemes that control the price and quantity of gas entering interprovincial and export markets, the proposed tax is clearly not a regulatory tool. Nor can it be characterized as an export tax; it applies to all gas, whether consumed outside or inside Alberta, and only incidentally reaches exports. Bill C-57 is not an exercise of Parliament's trade and commerce jurisdiction under s. 91(2); it is in pith and substance taxation under s. 91(3). Parliament's power to impose taxation under s. 91(3) is subordinate to s. 125, which provides that no lands or property of the federal or provincial Crown shall be subject to taxation. The purpose of this immunity is to prevent one level of government from appropriating to its own use the property of the other, or the fruits of that property. Section 25.13(1) of Bill C-57 is therefore *ultra vires* with respect to the interests of the Province of Alberta as the owner of the gas in question. While s. 125 restricts the federal taxing power, it does not limit the exercise of other heads of power found in s. 91. Thus, federal legislation in the form of taxation may yet be binding on a province if it is primarily enacted under a head of power other than s. 91(3).

*Per Laskin C.J. and McIntyre and Lamer JJ., dissenting:* The critical question in this case was how far it was constitutionally proper to limit the exercise of federal power in light of the protection given provincial Crown property by s. 125. The unqualified paramountcy plainly established in s. 91 is not subject to s. 125. Nevertheless, s. 125 can be rationalized with exercises of federal legislative power under s. 91; it permits the Crown provincial to act as proprietor beyond the province — absent federal legislation — whereas as legislator its exclusive jurisdiction is restricted to the province. Here, the province even acting only as proprietor was required to obtain an export licence pursuant to applicable federal legislation. The tax, part of that regulatory scheme, was a transaction tax arising on the movement of property across an international border and was not simply a superadded measure unconnected to the control

*nal 1980* et les documents budgétaires fédéraux de 1980, sont recevables pour montrer le contexte factuel et le but que vise le projet de loi prévoyant la taxe en cause. Pour recueillir des deniers ou réglementer le commerce ou à ces deux fins, on peut imposer une taxe sur le mouvement des marchandises. Vue dans le contexte du *Programme énergétique national 1980*, du budget fédéral de 1980 et des programmes fédéraux actuels réglementant le prix et la quantité de gaz mis sur les marchés interprovinciaux et internationaux, la taxe proposée ne constitue manifestement pas un moyen de réglementation. Il ne s'agit pas non plus d'une taxe sur les exportations, car elle s'applique à tout le gaz, qu'il soit consommé à l'extérieur ou à l'intérieur de l'Alberta, et ne vise les exportations que d'une façon subsidiaire. Le projet de loi C-57 n'est pas une matérialisation de la compétence du Parlement relative aux échanges et au commerce que lui confère le par. 91(2); il est de par son caractère véritable une mesure en matière de taxation au sens du par. 91(3). Le pouvoir du Parlement d'imposer une taxe en vertu de cette disposition est assujéti à l'art. 125 qui porte que nulle terre ou propriété appartenant à la Couronne du chef du Canada ou d'une province ne sera sujette à la taxation. Cette immunité vise à empêcher qu'un palier de gouvernement ne s'approprie à son propre usage le bien de l'autre palier, ou les fruits de ce bien. Par conséquent, le par. 25.13(1) du projet de loi C-57 est *ultra vires* pour ce qui est des droits de la province de l'Alberta en tant que propriétaire du gaz en question. Si l'article 125 restreint le pouvoir fédéral en matière fiscale, il ne limite pas pour autant l'exercice des autres pouvoirs énumérés à l'art. 91. Ainsi, une loi fédérale qui revêt la forme d'une mesure fiscale peut néanmoins lier une province si elle relève principalement d'un pouvoir fédéral autre que celui que confère le par. 91(3).

*Le juge en chef Laskin et les juges McIntyre et Lamer, dissidents:* La question fondamentale en l'espèce est de savoir dans quelle mesure la Constitution permet de limiter l'exercice du pouvoir fédéral compte tenu de la protection que l'art. 125 accorde aux biens de la Couronne du chef d'une province. La primauté sans restriction qui se dégage manifestement de l'art. 91 n'est pas subordonnée à l'art. 125. Il est néanmoins possible de concilier d'une façon rationnelle l'art. 125 et l'exercice du pouvoir législatif fédéral conféré par l'art. 91; l'art. 125 habilite la Couronne du chef d'une province, en l'absence de loi fédérale, à agir en tant que propriétaire hors de la province, alors qu'à titre de législateur elle ne peut exercer sa compétence que dans les limites de la province. En l'espèce, même si la province n'agit qu'en sa qualité de propriétaire, elle est tenue d'obtenir une licence d'exportation en conformité de la loi fédérale



of exports so far as to be a tax on the resource itself. Collecting the tax from the person, here the Crown provincial, did not affect that character that removed the tax from the cocoon of s. 125. It was not necessary to invoke the power to legislate for the "peace, order and good government" of Canada to support the validity of the legislation.

[*Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Company et al.*, [1926] A.C. 715; *Reference re Waters and Waterpowers*, [1929] S.C.R. 200; *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for Canada* (the *Johnny Walker* case) (1922), 64 S.C.R. 377, affirmed [1924] A.C. 222, considered; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act, R.S.C. 1970, c. A-7 et al.*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Bennett & White (Calgary) Ld. v. Municipal District of Sugar City No. 5*, [1951] A.C. 786; *Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Railway Company et al.*, [1953] A.C. 594; *New York v. United States* (1945), 326 U.S. 572, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1981] 2 W.W.R. 408, 122 D.L.R. (3d) 48, 28 A.R. 11, finding the federal "Natural Gas and Gas Liquids Tax" to be *ultra vires* the Parliament of Canada in so far as it purported to apply to the gas in question. Appeal dismissed, Laskin C.J. and McIntyre and Lamer JJ. dissenting.

*J. J. Robinette, Q.C., W. E. Code, Q.C., and T. B. Smith, Q.C.*, for the appellant.

*William Henkel, Q.C., J. C. Major, Q.C., and R. W. Paisley, Q.C.*, for the respondent.

*Jean-K. Samson and Odette Laverdière*, for the interveners the Attorney General of Quebec.

applicable. La taxe, qui s'inscrit dans le cadre d'un programme de réglementation, est une taxe sur une opération qui s'applique dès lors que le bien franchit une frontière internationale; il ne s'agit pas d'une simple mesure surajoutée à ce point étrangère au contrôle des exportations qu'elle constitue une taxe sur la ressource elle-même. L'exigence que la taxe soit payée par la personne, en l'espèce la Couronne du chef de la province, ne change rien à sa nature et, de par cette nature, elle échappe à l'art. 125. Il n'est pas nécessaire d'invoquer, pour soutenir la validité du projet de loi, le pouvoir de légiférer pour «la paix, l'ordre et le bon gouvernement» du Canada.

[Jurisprudence: arrêts examinés: *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Company et al.*, [1926] A.C. 715; *Renvoi relatif aux eaux et à l'énergie hydraulique*, [1929] R.C.S. 200; *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Procureur général du Canada* (l'arrêt *Johnny Walker*) (1922), 64 R.C.S. 377, confirmé par [1924] A.C. 222; arrêts mentionnés: *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Renvoi relativement à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-7 et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. La Reine*, [1966] R.C.S. 238; *Bennett & White (Calgary) Ld. v. Municipal District of Sugar City No. 5*, [1951] A.C. 786; *Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Railway Company et al.*, [1953] A.C. 594; *New York v. United States* (1945), 326 U.S. 572.]

POURVOI contre un arrêt par lequel la Cour d'appel de l'Alberta, [1981] 2 W.W.R. 408, 122 D.L.R. (3d) 48, 28 A.R. 11, a conclu que la «Taxe sur le gaz naturel et sur les liquides extraits du gaz naturel» est *ultra vires* du Parlement du Canada dans la mesure où elle se veut applicable au gaz en question. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges McIntyre et Lamer sont dissidents.

*J. J. Robinette, c.r., W. E. Code, c.r., et T. B. Smith, c.r.*, pour l'appelant.

*William Henkel, c.r., J. C. Major, c.r., et R. W. Paisley, c.r.*, pour l'intimé.

*Jean-K. Samson et Odette Laverdière*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*K. M. Lysyk, Q.C.*, and *E. R. A. Edwards*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*D. D. Blevins* and *T. G. Hague*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*D. D. M. Goldie, Q.C.*, *George Taylor, Q.C.*, and *John D. Whyte*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

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

*J. M. Robertson, Q.C.*, and *D. G. Samuelson*, for the intervener Independent Petroleum Association of Canada.

*Per LASKIN C.J. AND MCINTYRE AND LAMER JJ. (dissenting)*—We have had the advantage of reading reasons for judgment in this appeal which would affirm the opinion of the Alberta Court of Appeal, given on a reference, that the proposed federal legislation, the subject of the reference, is *ultra vires* in so far as it would levy a tax upon the export of natural gas owned and produced by the Crown in right of Alberta. This is a rare case in which, in our opinion, form would triumph over substance in a constitutional matter if the confirmation of the decision of the Alberta Court of Appeal is allowed to stand. The decision below is, in a sense, an application of colourability in reverse; the substance has been found to be colourable while the form has been given independent force in a declaration of invalidity.

The issues in this case turn on the relative scope of federal power in relation to the regulation of trade and commerce under s. 91(2) of the *British North America Act*, and federal power in relation to the raising of money by any mode or system of taxation under s. 91(3), juxtaposed against the protection given to the Crown in right of a province, under s. 125, against taxation of lands or property belonging to a province. Two points must initially be made. First, and this must not be forgotten, the federal powers above-mentioned operate and may be invoked notwithstanding anything in the *British North America Act* and,

*K. M. Lysyk, c.r.*, et *E. R. A. Edwards*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*D. D. Blevins* et *T. G. Hague*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*D. D. M. Goldie, c.r.*, *George Taylor, c.r.*, et *John D. Whyte*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*James A. Nesbitt, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

*J. M. Robertson, c.r.*, et *D. G. Samuelson*, pour l'intervenante l'Association pétrolière indépendante du Canada.

*Le JUGE EN CHEF LASKIN ET LES JUGES MCINTYRE ET LAMER (dissidents)*—Nous avons eu l'avantage de lire les motifs de jugement qui expriment l'avis de confirmer en l'espèce l'opinion de la Cour d'appel de l'Alberta qui a statué, dans le cadre d'un renvoi, que la loi fédérale proposée faisant l'objet du renvoi est *ultra vires* dans la mesure où elle imposerait une taxe sur l'exportation de gaz naturel appartenant à la Couronne du chef de l'Alberta et produit par celle-ci. Il s'agit ici d'un cas rare où, à notre avis, s'il y avait confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, la forme primerait le fond dans une question constitutionnelle. L'arrêt de la Cour d'appel constitue en quelque sorte une application en sens inverse de la doctrine de la législation déguisée; tout en concluant au caractère spécieux de la loi quant au fond, cette cour a, par une déclaration d'invalidité, donné à la forme une valeur indépendante.

Les questions litigieuses en l'espèce concernant la portée relative du pouvoir en matière de réglementation des échanges et du commerce que le par. 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* confère au Parlement fédéral et du pouvoir en matière de prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation dont l'investit le par. 91(3), compte tenu de l'exemption de la taxation de toute terre ou propriété appartenant à une province dont bénéficie la Couronne du chef d'une province aux termes de l'art. 125. Deux observations s'imposent dès le début. Premièrement, et il ne faut pas l'oublier, les pouvoirs fédéraux susmen-

hence, notwithstanding s. 125 or any other provincial protection or provincial legislative authority. Second, this is not a case where provincial authority or provincial action under its competent legislation is posed against unexercised federal power. Parliament has (for the purposes of this case) legislated affirmatively, and we are consequently concerned with the substance of what it has (figuratively) enacted.

Moreover, there is no principle of provincial Crown immunity from federal legislative authority, whether regulatory authority or tax authority, once a provincial Crown purports to enter the export field and engage in international transactions. That is this case. Indeed, the national government would become hostage to Crowns in right of the province if the latter could transcend general federal control of international trade simply by asserting that it was bringing Crown properties into the international market.

There is an intimation in the reasons that we have read that the proposed tax which is challenged is one in respect of provincially-owned natural gas which is thereafter exported. That, however, is not what the Ways and Means Motion or the implementing Bill C-57 says. We confine ourselves to that aspect of the Motion and of the Bill that relates to taxation upon the exportation of provincially-owned natural gas. It is only in respect of the export of such gas from Canada that the levy is challenged. Of course, in assessing the merit of the challenge it is only sensible to examine the entire program which is envisaged in the proposed legislation, and we shall come to that examination shortly.

There are some preliminary observations that must be made. It is, in our opinion, unreal to contend that the federal taxing power envisages only what might be called pure taxation. The definition of the power as directed to the raising of

tionnés s'appliquent et peuvent être invoqués nonobstant toute disposition de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et, partant, nonobstant l'art. 125 ou toute autre disposition qui protège les provinces ou leur confère un pouvoir législatif. Deuxièmement, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où le pouvoir provincial, ou une mesure prise par une province en vertu d'une loi qui relève de sa compétence, est confronté à un pouvoir fédéral non exercé. Le Parlement (aux fins de la présente espèce) a légiféré positivement et nous nous intéressons donc au fond du texte législatif qu'il a (au figuré) adopté.

De plus, il n'existe aucun principe d'immunité de la Couronne du chef d'une province contre le pouvoir législatif fédéral, que ce soit en matière de réglementation ou de taxation, dès qu'une province se lance apparemment dans le domaine des exportations et des opérations internationales. C'est le cas en l'espèce. En effet, le gouvernement fédéral deviendrait l'otage de la Couronne du chef d'une province si cette dernière pouvait échapper à son pouvoir général en matière de commerce international, en affirmant tout simplement qu'elle met des biens de la Couronne sur le marché international.

On laisse entendre dans les motifs que nous avons lus que la taxe proposée, qui fait l'objet du présent pourvoi, s'applique au gaz naturel qui appartient à la province et qui est exporté. Ce n'est pas, cependant, ce que dit la motion des voies et moyens ni le projet de loi C-57 destiné à appliquer cette taxe. Nous nous en tenons à l'aspect de la motion et du projet de loi qui se rapporte à la taxation des exportations de gaz naturel appartenant à la province. On ne conteste cette taxe que dans la mesure où elle frappe l'exportation de ce gaz du Canada. Bien sûr, pour apprécier le bien-fondé de cette contestation, il n'est que raisonnable d'examiner l'ensemble du programme envisagé dans la loi proposée, ce que nous ferons un peu plus loin.

Certaines observations préliminaires s'imposent. A notre avis, il n'est pas réaliste de prétendre que le pouvoir fédéral en matière fiscale ne concerne que ce qu'on pourrait appeler la simple taxation. Le fait que, par définition, ce pouvoir s'applique

money by any mode or system of taxation (the underlining is ours) is enough to dispel such a notion. Of course, taxing measures may be designed to raise revenue without any other considerations, but many taxing measures have economic objectives, sometimes plainly stated, sometimes implicit. Moreover, when such measures are enacted in conjunction with measures under the trade and commerce power, as, for example, in customs legislation, they can hardly be considered as merely revenue-raising. This is certainly the case when export and import controls are put in place either alone under a licensing system or in conjunction with taxation so as to promote economic objectives which are open to Parliament.

We need hardly add that we know of no constitutional principle which precludes either Parliament or a provincial legislature from basing legislation on an invocation of two or more assigned legislative powers. To strip challenged legislation of a basic support and then, on that footing, to find vulnerability in what is left is not an acceptable judicial approach to a policy as carefully structured as the comprehensive one which is before us.

Contrary to the view taken by the Alberta Court of Appeal, we find it impossible to characterize the proposed legislation in this case as imposing taxation unconnected with any regulatory scheme or regime. The conclusion reached by that Court was that the federal measure cannot constitutionally apply to a provincial Crown-owned resource, even upon its exportation, or, if it purports so to apply, it is an unconstitutional exaction. Moreover, we are unable to agree, and this for the reasons which follow, that the tax is imposed on Crown-owned property in the sense of s. 125. Once the property, here (to use the terms of the challenged legislation) marketable pipeline gas, is exported from Canada so as to attract the tax, we are no longer concerned with property *in situ*, or even with property of the province enjoyed therein, whether

au prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation (c'est nous qui soulignons) suffit à écarter cette notion. Des mesures fiscales peuvent évidemment être conçues pour produire un revenu sans aucune autre considération, mais un bon nombre de mesures de ce type ont des objectifs économiques, parfois explicites, parfois implicites. De plus, lorsque ces mesures sont assorties d'autres mesures prises en vertu du pouvoir en matière d'échanges et de commerce, comme c'est le cas, par exemple, de la législation douanière, on ne peut guère les considérer simplement comme des mesures destinées à produire un revenu. Cela est particulièrement vrai lorsque des restrictions à l'exportation et à l'importation sont établies, soit seules en vertu d'un système de licences, soit conjointement avec des mesures fiscales de manière à promouvoir des objectifs économiques qu'il est loisible au Parlement de fixer.

Il n'est guère nécessaire d'ajouter que nous ne connaissons aucun principe de droit constitutionnel qui empêche soit le Parlement, soit une législature provinciale, de fonder un texte législatif sur plus d'un des pouvoirs législatifs qui lui ont été conférés. Qu'une cour dépouille une loi contestée d'un appui fondamental pour ensuite conclure à la vulnérabilité de ce qui reste, voilà une façon inacceptable d'aborder une politique aussi soigneusement structurée que la politique détaillée et complète que nous avons à étudier en l'espèce.

Contrairement à la Cour d'appel de l'Alberta, nous nous voyons dans l'impossibilité de conclure que la loi proposée en l'espèce impose une taxe qui n'a aucun rapport avec une réglementation quelconque. Cette cour a conclu que la mesure fédérale ne peut constitutionnellement s'appliquer à une ressource appartenant à la Couronne du chef de la province, même lorsque cette ressource est exportée, et que, dans la mesure où elle se veut applicable à ladite ressource, elle constitue une exaction inconstitutionnelle. De plus, nous ne pouvons, pour les motifs qui suivent, partager l'avis que la taxe frappe un bien de la Couronne au sens de l'art. 125. Dès que le bien, en l'espèce (pour reprendre l'expression employée dans la loi contestée) le gaz commercialisable acheminé par pipeline, est exporté du Canada de manière à entraîner l'appli-

by the Crown owner or by transferees, but rather with an international commercial transaction which is based upon an acknowledged requirement of federal approval for the intended exportation of the particular substance.

### The Proposed Federal Legislation: Purpose and Character

Bill C-57, in its relevant provisions, would add Part IV.1 to the *Excise Tax Act*, headed "Natural Gas and Gas Liquids Tax". The added part begins with an interpretation or definition s. 25.1, and the following definitions and substantive provisions are germane:

- 25.1 (1)** In this Part,
- "broker" means a person, other than a gas producer or a distributor, who carries on the business of selling marketable pipeline gas;
- "consumer" means a person who uses marketable pipeline gas
- (a) as a fuel or an energy source,
- (b) in the manufacture of products of trade and commerce, or
- (c) for any other purpose, other than resale;
- "distributor" means a person who, in any year, carries on the business of selling marketable pipeline gas to consumers in Canada and whose volume of such sales in any period of three consecutive months in the immediately preceding year is at least fifty per cent of his total sales of marketable pipeline gas, other than sales to provincial oil or gas marketing agencies, in that period and includes any person or class of persons designated by regulations made pursuant to paragraph 25.19(a);
- ...
- "gas producer" means a person who has the right to take or remove gas from a natural reservoir in Canada and includes an operator;
- ...
- "licensee" means a gas producer, broker or distributor to whom a licence has been issued under section 25.16 and includes any gas producer, broker or distributor who is required by that section to apply for a licence;

cation de la taxe, il ne s'agit plus d'un bien *in situ* ni même d'un bien de la province, dont la Couronne à titre de propriétaire, ou encore un cessionnaire, a la jouissance dans les limites de cette

a province. Il s'agit plutôt d'une opération commerciale internationale fondée sur la nécessité reconvenue d'obtenir l'approbation fédérale du projet d'exportation de la matière en question.

### b La loi fédérale proposée: son objet et sa nature

Les dispositions pertinentes du projet de loi C-57 ajouteraient à la *Loi sur la taxe d'accise* une partie IV.1 intitulée «Taxe sur le gaz naturel et sur les liquides extraits du gaz naturel». Cette nouvelle partie commence par un article d'interprétation ou de définition, soit l'art. 25.1. Voici les définitions et les dispositions de fond qui nous intéressent:

- 25.1 (1)** Dans la présente Partie,
- «courtier» désigne une personne, autre que le producteur ou distributeur de gaz, exploitant une entreprise de vente du gaz commercialisable acheminé par pipeline;
- «consommateur» désigne une personne utilisant le gaz commercialisable acheminé par pipeline
- e (a) en tant que combustible ou source d'énergie,
- (b) dans la fabrication de produits destinés au commerce, ou
- (c) à toute autre fin, sauf à des fins de revente;
- f «distributeur» désigne une personne qui, au cours d'une année, exploite une entreprise de vente, à des consommateurs au Canada, de gaz commercialisable acheminé par pipeline, et dont le volume de ces ventes, pendant l'un ou l'autre des délais de trois mois consécutifs au cours de l'année précédente, est d'au moins cinquante pour cent du total de ses ventes de gaz commercialisable acheminé par pipeline, autres que les ventes, au cours de ce même délai, aux organismes provinciaux de commercialisation du pétrole ou du gaz naturel, et s'entend en outre de toute personne ou catégorie de personnes que désignent les règlements pris en conformité avec l'alinéa 25.19a);
- ...
- i «producteur de gaz» désigne une personne ayant le droit de récupérer le gaz à partir d'un réservoir naturel au Canada; s'entend en outre de l'exploitant;
- ...
- j «titulaire de licence» désigne un producteur, courtier ou distributeur de gaz auquel a été délivrée une licence aux termes de l'article 25.16; s'entend en outre de tout producteur, courtier ou distributeur de gaz tenu, aux termes de ce même article, de demander une licence.

“marketable pipeline gas” means gas, other than

- (a) natural gas liquids, and
- (b) gas injected into a natural reservoir for any purpose, other than storage;

(2) Where any marketable pipeline gas in respect of which no tax has been paid under this Part is exported from Canada for use outside Canada pursuant to a licence issued under Part VI of the *National Energy Board Act* or pursuant to any other authority under that Act, the exporter of that gas is, for the purposes of this Part, deemed to be the distributor of that gas and to have received that gas at the time he exports it.

(3) Where any marketable pipeline gas in respect of which no tax has been paid under this Part is received for export by a person on behalf of a distributor, broker or gas producer and is in exchange for natural gas of foreign origin delivered in Canada, that distributor, broker or gas producer is, for the purposes of this Part, deemed to be the distributor of that marketable pipeline gas and to have received it at the time it is received for export by that person.

(4) Where any marketable pipeline gas in respect of which no tax has been paid under this Part is received by a person, other than a distributor, at the direction of or on behalf of a distributor, that distributor is, for the purposes of this Part, deemed to be the distributor of that gas and to have received that gas at the time it is received by that person and that person is deemed not to have received that gas.

(6) Where any marketable pipeline gas in respect of which no tax has been paid under this Part is consumed by a gas producer or broker, he is, for the purposes of this Part, deemed to be the distributor of that gas and to have received that gas at the time he appropriated it for his own consumption.

25.11 The purpose of this Part is to provide legislative authority for the imposition of a natural gas and gas liquids tax as an essential and integral element of the national oil and gas policy as expounded in the National Energy Program.

«gaz commercialisable acheminé par pipeline» désigne du gaz autre que:

- a) les liquides extraits du gaz naturel, et
- b) le gaz réinjecté dans un réservoir naturel à des fins autres que le stockage;

(2) Dans le cas où du gaz commercialisable acheminé par pipeline, relativement auquel aucune taxe a été payée aux termes de la présente Partie, est exporté depuis le Canada en vue de son utilisation à l'extérieur du Canada et ce, en conformité avec une licence délivrée aux termes de la Partie VI de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ou en conformité avec toute autre autorisation aux termes de cette même loi, l'exportateur de gaz est, aux fins de la présente Partie, réputé être le distributeur de ce même gaz et avoir reçu ce même gaz au moment où il l'exporte.

(3) Dans le cas où du gaz commercialisable acheminé par pipeline, relativement auquel aucune taxe n'a été payée aux termes de la présente Partie, est reçu en vue de son exportation par une personne pour le compte d'un distributeur, d'un courtier ou d'un producteur de gaz et ce, en échange de gaz naturel d'origine étrangère livré au Canada, ce distributeur, courtier ou producteur de gaz est, aux fins de la présente Partie, réputé être le distributeur de ce gaz commercialisable acheminé par pipeline et l'avoir reçu au moment où cette personne le reçoit aux fins d'exportation.

(4) Dans le cas où du gaz commercialisable acheminé par pipeline, relativement auquel aucune taxe n'a été payée aux termes de la présente Partie, est reçu par une personne, autre qu'un distributeur, sur les ordres ou pour le compte d'un distributeur, ce même distributeur est, aux fins de la présente Partie, réputé être le distributeur de ce gaz et avoir reçu ce gaz au moment où cette personne le reçoit.

(6) Dans le cas où du gaz commercialisable acheminé par pipeline, relativement auquel aucune taxe n'a été payée aux termes de la présente Partie, est consommé par un producteur de gaz, ou par un courtier, celui-ci est, aux fins de la présente Partie, réputé être le distributeur de ce gaz et avoir reçu ce gaz au moment où il l'a affecté à sa propre consommation.

25.11 La présente Partie a pour objet de pourvoir aux pouvoirs législatifs que nécessite l'imposition d'une taxe sur le gaz naturel et sur les liquides extraits du gaz naturel et ce, à titre d'élément essentiel et de partie intégrante de la politique nationale de fixation des prix du pétrole et du gaz, aux termes du Programme national de l'énergie.

**25.12** This Part binds Her Majesty in right of Canada or a province and every person acting for or on behalf of Her Majesty in right of Canada or a province.

**25.13** (1) There shall be imposed, levied and collected on the receipt of marketable pipeline gas by a distributor in Canada a tax at the rate specified in subsection (5).

(2) There shall be imposed, levied and collected on the receipt of marketable pipeline gas by a consumer in Canada from a gas producer or a broker, or from any person acting for or on behalf of a gas producer or a broker, a tax at the rate specified in subsection (5).

(5) Tax shall be imposed under this section at the rate of

(a) twenty-eight cents per gigajoule, in the case of marketable pipeline gas received after October 31, 1980 and before July 1, 1981;

(b) forty-two cents per gigajoule, in the case of marketable pipeline gas received after June 30, 1981 and before January 1, 1982;

(c) fifty-six cents per gigajoule, in the case of marketable pipeline gas received after December 31, 1981 and before January 1, 1983; and

(d) seventy cents per gigajoule, in the case of marketable pipeline gas received after December 31, 1982.

(6) The tax imposed under this section is payable by the distributor or the consumer, as the case may be, at the time he receives the marketable pipeline gas.

**25.15** Whenever marketable pipeline gas or natural gas liquids are received under such circumstances or conditions as render it difficult to determine the time of receipt or quantity of such gas or liquids because of inadequate procedures or measuring devices, the Minister may determine the time of receipt or quantity for the purpose of determining the tax payable under this Part.

**25.16** (1) Subject to this section, every gas producer, broker and distributor shall, in such form as may be prescribed by the Minister, apply to the Minister for a licence for the purposes of this Part.

**25.12** La présente Partie lie Sa Majesté du chef du Canada ou du chef d'une province, ainsi que toute personne agissant pour Sa Majesté du chef du Canada ou du chef d'une province ou pour le compte de celle-ci.

**25.13** (1) Il est imposé, levé et perçu, sur la réception, par un distributeur au Canada, de gaz commercialisable acheminé par pipeline, une taxe au taux que précise le paragraphe (5).

(2) Il est imposé, levé et perçu, sur la réception par un consommateur, au Canada, de gaz commercialisable acheminé par pipeline, provenant soit d'un producteur de gaz, ou d'un courtier, soit d'une personne agissant pour un producteur de gaz ou un courtier, ou pour le compte de celui-ci, une taxe au taux que précise le paragraphe (5).

(5) Il est imposé, aux termes du présent article, une taxe au taux

a) de vingt-huit cents le gigajoule, lorsqu'il s'agit de gaz commercialisable acheminé par pipeline, reçu après le 31 octobre 1980 et avant le 1<sup>er</sup> juillet 1981;

b) de quarante-deux cents le gigajoule, lorsqu'il s'agit de gaz commercialisable acheminé par pipeline, reçu après le 30 juin 1981 et avant le 1<sup>er</sup> janvier 1982;

c) de cinquante-six cents le gigajoule, lorsqu'il s'agit de gaz commercialisable acheminé par pipeline, reçu après le 31 décembre 1981 et avant le 1<sup>er</sup> janvier 1983; et

d) de soixante-dix cents le gigajoule, lorsqu'il s'agit de gaz commercialisable acheminé par pipeline, reçu après le 31 décembre 1982.

(6) La taxe imposée aux termes du présent article est payable, par le distributeur ou par le consommateur, selon le cas, au moment où il reçoit le gaz commercialisable acheminé par pipeline.

**25.15** Dans tous les cas où l'on reçoit ou bien du gaz commercialisable acheminé par pipeline, ou bien des liquides extraits du gaz naturel, dans des circonstances ou des conditions telles qu'il devient difficile de calculer le moment de la réception de ce gaz ou de ces liquides, de même que la quantité reçue et ce, par suite de l'insuffisance des méthodes ou des dispositifs de mesure, le Ministre peut calculer le moment de leur réception, ainsi que la quantité reçue, aux fins de fixer la taxe payable aux termes de la présente Partie.

**25.16** (1) Sous réserve du présent article, tout producteur de gaz, courtier et distributeur doit faire, en la forme que peut prescrire le Ministre, une demande de licence aux fins de la présente Partie.

(2) The Minister may issue a licence to any person applying therefor under subsection (1), but may direct that any class of gas producer, broker or distributor be exempt from the requirement to obtain a licence under this section, and any person so exempted is not required to apply for a licence.

(3) An exemption granted by the Minister under subsection (2) may be withdrawn by the Minister at any time.

(4) The Minister may cancel a licence issued under this section if, in his opinion, it is no longer required for the purposes of this Part.

A key provision of the new part added to the *Excise Tax Act* and appearing immediately after the definition provisions is s. 25.11, already quoted. We repeat the stated purpose in s. 25.11 which is to provide legislative authority for a natural gas and gas liquids tax "as an essential and integral element of the national oil and gas policy as expounded in the National Energy Program". This is a referential provision, comprehensive despite its terseness, which must be brought into account in assessing the thrust of Bill C-57 in adding Part IV.1 to the *Excise Tax Act*.

Account must also be taken of the *National Energy Board Act* under which the Crown in right of Alberta was licensed (according to the assumed facts in the order of reference) to export natural gas from Canada for use outside of Canada.

We turn, first, to some of the considerations applicable to this case as reflected in the National Energy Program. It is necessary to dispel at the outset an erroneous appreciation by the Alberta Court of Appeal of a paragraph on p. 34 of *The National Energy Program 1980*, a lengthy document issued by the Department of Energy, Mines and Resources. The Court said, in the course of its reasons:

(2) Le Ministre peut délivrer une licence à quiconque en fait la demande aux termes du paragraphe (1). Toutefois, il peut ordonner que l'une ou l'autre des catégories de producteur de gaz, de courtier ou de distributeur soit dispensée de l'obligation d'obtenir une licence aux termes du présent article; une personne ainsi dispensée de demander une licence n'est pas tenue de le faire.

(3) Le Ministre peut, en tout temps, retirer la dispense qu'il a octroyée aux termes du paragraphe (2).

(4) Le Ministre peut annuler la licence délivrée aux termes du présent article dans le cas où il estime qu'elle n'est plus requise aux fins de la présente Partie.

L'article 25.11, précité, qui figure immédiatement après les définitions, est une disposition clé de cet ajout à la *Loi sur la taxe d'accise*. Je réitère l'objectif énoncé à l'art. 25.11 qui est de pourvoir aux pouvoirs législatifs que nécessite l'imposition d'une taxe sur le gaz naturel et sur les liquides extraits du gaz naturel «et ce, à titre d'élément essentiel et de partie intégrante de la politique nationale de fixation des prix du pétrole et du gaz, aux termes du Programme national de l'énergie». Il s'agit d'une disposition de référence qui est complète malgré sa concision et dont il faut tenir compte pour évaluer la portée du projet de loi C-57 qui ajoute la partie IV.1 à la *Loi sur la taxe d'accise*.

Il faut également tenir compte de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* en vertu de laquelle la Couronne du chef de l'Alberta s'est vu délivrer une licence (selon les faits présumés exacts dans l'ordonnance de renvoi) l'autorisant à exporter du gaz naturel du Canada en vue de son utilisation à l'extérieur du Canada.

Nous aborderons en premier lieu certaines des considérations qui se dégagent du Programme énergétique national et qui s'appliquent en l'espèce. Il est nécessaire d'écarter dès le début l'appréciation erronée qu'a faite la Cour d'appel de l'Alberta d'un paragraphe figurant à la p. 37 du long document intitulé *Le Programme énergétique national 1980*, publié par le ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources. La Cour a dit dans ses motifs:



In passing, we observe in the National Energy Program . . . the express declaration that the tax was not imposed as an export tax.

This, obviously, has reference to the following statement on the aforementioned p. 34:

The Government of Canada is, therefore, not proceeding with a natural gas export tax.

The Alberta Court of Appeal ignored completely the telling word "therefore" in the quoted sentence, a word which takes one back to the discussion which resulted in the sentence. What the discussion, on pp. 32 to 34 of *The National Energy Program 1980*, reveals is that the Government was considering the imposition of a federal tax on natural gas exports which would be paid by the recipient of the exported gas, becoming part of the price and collectible, presumably, by the exporter as agent for the Government of Canada. This is evident from the following passages on p. 34 of *The National Energy Program 1980*:

The governments of Alberta and British Columbia have strongly opposed a natural gas export tax. They have argued that such a tax is an intrusion on their resource ownership rights. They also argue that taxes on gas exports are discriminatory.

The Government of Canada rejects these arguments. There is no doubt of the federal government's constitutional right to impose export taxes on any commodity. To deny this is to attempt to extend provincial powers well beyond their present constitutional limits. The federal government imposed an export tax on electricity for 38 years, from 1925 to 1963. Similarly, the federal government established a tax on oil exports in 1973. It continues to impose this tax.

A tax on natural gas exports is not discriminatory. These exports have earned enormous economic rents as their price has soared due to OPEC's price increases. Taxation based on the ability to pay is in accord with long-established principles.

However, in deference to the opposing provinces this federal proposal was dropped. In its place, however, a different taxing scheme was introduced

[TRADUCTION] Nous constatons en passant dans le Programme énergétique national . . . la déclaration expresse qu'il ne s'agit pas d'une taxe sur les exportations.

<sup>a</sup> Cela se rapporte évidemment à la déclaration suivante qui se trouve à la p. 37 susmentionnée:

Aussi le gouvernement du Canada décide-t-il de ne pas instaurer de taxe sur les exportations de gaz naturel.

<sup>b</sup> La Cour d'appel de l'Alberta a complètement ignoré le terme éloquent «aussi» qui figure dans la phrase citée et qui renvoie à l'analyse aboutissant à cette phrase. Il ressort de l'analyse, aux pp. 35 à 37 du document intitulé *Le Programme énergétique national 1980*, que le gouvernement envisageait l'imposition d'une taxe fédérale sur les exportations de gaz naturel, laquelle serait payée par la partie qui recevrait le gaz exporté. Elle serait donc comprise dans le prix et probablement percevable par l'exportateur en tant que mandataire du gouvernement du Canada. Cela est évident à la lecture des passages suivants qui se trouvent aux pp. 36 et 37 du document intitulé *Le Programme énergétique national 1980*:

Les gouvernements de l'Alberta et de la Colombie-Britannique se sont vigoureusement opposés à une taxe sur les exportations de gaz naturel. Ils ont prétendu que cela empièterait sur leur droit de propriété en matière de ressources. Ils ont aussi fait valoir qu'une taxe sur les exportations de gaz serait discriminatoire.

<sup>c</sup> Le gouvernement du Canada rejette ces arguments. Le droit constitutionnel du gouvernement fédéral d'imposer des taxes sur l'exportation de tout produit est incontestable. Prétendre le contraire revient à vouloir accroître les pouvoirs des provinces bien au delà de ce que permet actuellement la constitution. Le gouvernement fédéral a taxé des exportations d'électricité pendant 38 ans, de 1925 à 1963. Il a également instauré, en 1973, une taxe sur les exportations de pétrole, qui existe toujours.

<sup>d</sup> Une taxe sur les exportations de gaz naturel n'est pas discriminatoire. Ces exportations ont apporté une rente économique énorme, leur prix étant monté en flèche à la suite des hausses de prix de l'OPEP. La taxation établie en fonction de la capacité contributive est conforme aux principes les mieux établis.

<sup>e</sup> Cependant, par déférence pour les provinces qui s'y opposaient, le gouvernement fédéral a abandonné ce projet, proposant à sa place un régime

which was reflected in the Ways and Means Motion and in Bill C-57. It was described as follows on p. 35 of *The National Energy Program 1980*:

All natural gas sales will be subject to the tax, including those to the export market. There is no reason to exclude exports from a tax payable on all gas produced and consumed in Canada. That portion of gas which enters the export market will be exempt from the tax until February 1, 1981, because of the agreement with the United States government requiring Canada to give 90 days' notice of price changes.

It is impossible, in our opinion, to contend in the light of this assertion and in the light of the proposed legislation, that a tax on exports, payable by the producer-distributor, was not imposed. It is equally impossible to contend that *qua* this feature, export was not the triggering mechanism. The Alberta Court of Appeal has plainly misconstrued the federal position under the proposed legislation.

Certainly, *The National Energy Program 1980* is a self-serving document and, for constitutional purposes, must be approached cautiously to see in what respects, if any, its assertions are reflected in the proposed legislation or in allied or associated legislation. Its mention in the proposed legislation is without the detail which it itself reveals about national energy policy. Nonetheless, it may be looked at to see what are its elements and how the anticipated revenues from the taxes under the proposed legislation (including the export tax) relate to the policies already in place and to others envisaged by the Program.

Some details of the National Energy Program must be given for proper perspective on the policies it embodies. In introducing the National Energy Program, the responsible Minister listed what he called the three precepts of federal action, as follows:

It must establish the basis for Canadians to seize control of their own energy future through *security* of supply and ultimate independence from the world oil market.

fiscal différent. Ce régime, qui ressort de la motion des voies et moyens et du projet de loi C-57, est ainsi décrit à la p. 38 du document intitulé *Le Programme énergétique national 1980*:

<sup>a</sup> Toutes les ventes de gaz naturel—notamment sur les marchés extérieurs—seront assujetties à la taxe. Il n'y a aucune raison d'exempter les exportations de la taxe perçue sur tout le gaz produit et consommé au Canada. Les quantités de gaz destinées à l'exportation seront <sup>b</sup> exonérées de la taxe jusqu'au 1<sup>er</sup> février 1981, l'entente conclue avec le gouvernement américain obligeant le Canada à donner préavis de 90 jours avant de modifier les prix.

<sup>c</sup> Compte tenu de cette déclaration et de la loi proposée, il est impossible, à notre avis, de prétendre qu'il n'y a pas eu imposition d'une taxe sur les exportations, payable par le producteur-distributeur. Il est également impossible de prétendre que, <sup>d</sup> sous cet aspect, l'exportation n'est pas le mécanisme de déclenchement. La Cour d'appel de l'Alberta a de toute évidence mal interprété la position fédérale sous le régime de la loi proposée.

<sup>e</sup> Certes, *Le Programme énergétique national 1980* est un document qui sert ses propres intérêts et, à des fins constitutionnelles, il faut l'aborder avec circonspection pour déterminer à quels égards, s'il y a lieu, les déclarations qu'il contient se reflètent dans la loi proposée ou dans des textes législatifs connexes. La mention de ce document dans le projet de loi ne comporte pas les détails qu'il donne lui-même au sujet de la politique énergétique nationale. On peut néanmoins l'examiner <sup>f</sup> pour en dégager les composantes et pour déterminer comment les revenus que l'on prévoit tirer des taxes établies en vertu de la loi proposée (y compris la taxe sur les exportations) se rattachent à la <sup>g</sup> politique déjà en vigueur et aux autres orientations <sup>h</sup> envisagées par le Programme.

Il est nécessaire de fournir certains détails sur le Programme énergétique national si l'on veut bien situer les politiques qu'il contient. En présentant le Programme énergétique national, le ministre responsable a exposé ce qu'il a appelé les trois principes d'action fédérale. Les voici:

Il faut instaurer des conditions permettant aux Canadiens de prendre en main leur avenir énergétique grâce à la *sécurité* des approvisionnements et à l'indépendance vis-à-vis du marché mondial du pétrole.

It must offer to Canadians, all Canadians, the real *opportunity* to participate in the energy industry in general and the petroleum industry in particular, and to share in the benefits of industry expansion.

It must establish a petroleum pricing and revenue-sharing regime that recognizes the requirement of *fairness* to all Canadians no matter where they live.

The following considerations are recited in the Program document (the numbering and the underlining is ours):

[1.] Canada produces more than enough energy to displace all of our oil imports, and still have substantial quantities of energy available for export if desired. We have significant excess capacity in the natural gas and electricity production system, and considerable potential in coal and renewable energy. With determined efforts to restrain energy demands, giving us time to develop new energy sources, our self-sufficiency capacity could last for the foreseeable future. Recent large additions to the domestic supply of natural gas now provide a further basis for a concerted effort to substitute domestic fuels for foreign energy. The dramatic rise in oil prices since the mid-1970s, and the potential costs of reliance on insecure supplies of imported oil, establish a powerful economic and political rationale to reduce oil's share of our energy market. The way is now clear to reduce oil imports through use of more plentiful domestic energy, which is reasonably priced, readily transportable, and environmentally acceptable.

[2.] Energy has always been a special case. No Canadian can escape the impact of changes in its availability or price. Its influence on other activity—other products, other services—is pervasive. Reliance upon it is enormous. None of us can eliminate this reliance. Governments in Canada and elsewhere have long recognized and responded to this uniqueness. In Canada, for example, trade in the major forms of energy has been closely regulated by federal agencies for many years. Special procedures governing energy exports have been in place for some time, reflecting a national consensus that Canadian needs are

Il faut offrir aux Canadiens, à tous les Canadiens, la *possibilité* réelle de participer au secteur énergétique en général et à l'industrie pétrolière en particulier, ainsi que de partager les fruits de l'expansion industrielle.

a Il faut établir un régime de prix du pétrole et de partage des recettes qui tienne compte de l'exigence d'*équité* pour tous les Canadiens, où qu'ils habitent.

b Le document du Programme énumère les considérations suivantes (c'est nous qui soulignons et ajoutons la numérotation):

[1.] Le Canada produit plus d'énergie qu'il n'en faut pour remplacer entièrement les importations de pétrole et en avoir encore assez pour l'exporter s'il le veut. Nous disposons d'un excédent appréciable de capacité dans la production de gaz naturel et d'électricité, et d'un potentiel considérable en matière de charbon et d'énergie renouvelable. Moyennant des efforts résolus pour restreindre la demande d'énergie—ce qui nous donnera le temps de développer de nouvelles sources d'énergie—notre capacité d'autosuffisance pourrait être maintenue pendant tout l'avenir prévisible. L'importante augmentation récente des réserves de gaz naturel facilite un effort concerté en vue de remplacer l'énergie importée par des sources intérieures. L'escalade des prix du pétrole depuis le milieu des années 70 et les coûts possibles de notre dépendance vis-à-vis d'approvisionnements étrangers incertains militent puissamment, sur le plan économique et politique, en faveur d'une diminution de la part du pétrole dans notre bilan énergétique. La voie est maintenant libre pour réduire les importations de pétrole en utilisant une énergie nationale plus abondante qui soit d'un prix raisonnable, facilement transportable et acceptable pour l'environnement.

h [2.] L'énergie a toujours été une question à part. Aucun Canadien ne peut échapper aux effets d'un changement d'accessibilité ou de prix de l'énergie. Son influence sur les autres activités, les autres produits, les autres services est générale. Nous dépendons énormément d'elle et aucun d'entre nous ne peut éliminer cette dépendance. Les gouvernements, au Canada et ailleurs, sont depuis longtemps conscients de cette situation particulière. Dans notre pays, par exemple, les échanges des principaux types d'énergie sont étroitement réglementés depuis plusieurs années par des organismes fédéraux. Des dispositions

to be served first, and that only surplus energy may be exported. At the international level, creation of institutions such as the International Energy Agency reflects a view that energy's role in today's world is extraordinarily important.

And now a new reason for special treatment has emerged. Due to external events, which bear no relationship to the Canadian energy situation, Canadian consumers are asked to pay ever-rising prices for both imported and domestic energy. A large proportion—approaching one-half—of the revenue from these higher domestic prices accrues to the governments of the petroleum-producing provinces; most of it to Alberta. The resulting inter-regional transfers of wealth are now so large, and growing so rapidly, that they have become a national issue.

[3.] The producing provinces are entitled to substantial revenues by virtue of their ownership of resources. The revenues accruing from the sale of oil and gas, and the economic benefits of the resource boom now under way, have created an unprecedented, and welcome, prosperity in the three westernmost provinces. This prosperity has no discernible end; indeed, the energy surge is bringing about a major, enduring westward shift of wealth, activity and population.

At the same time, there must be recognition of a national claim—a claim by all Canadians—to a share in these revenues and benefits. The petroleum industry's growth over the years, and its buoyant outlook, owes much to national policies, including those that provided assured markets for western Canadian oil and gas, and those which gave, and still give, extraordinarily generous incentives under the federal *Income Tax Act*. The citizens of Canada, and their national government, have played a major role in fostering the development of the oil and gas industry, and deserve to share in its benefits.

particulières régissant les exportations d'énergie sont en place depuis un certain temps; elles reflètent un consensus national selon lequel les besoins canadiens doivent être satisfaits en premier et seuls les excédents d'énergie peuvent être exportés. Au niveau international, la création d'institutions telles que l'Agence internationale de l'énergie souligne le fait que l'énergie joue un rôle extraordinairement important dans le monde d'aujourd'hui.

De plus, un nouveau motif justifie un régime spécial. En raison d'événements extérieurs n'ayant aucun lien avec la situation au Canada, les consommateurs canadiens doivent payer toujours plus cher et l'énergie importée et l'énergie produite chez eux. Cette hausse des prix intérieurs bénéficie en grande partie—presque la moitié—aux gouvernements des provinces productrices de pétrole, Alberta en tête. Les transferts de richesse qui en résultent entre les régions ont atteint de telles proportions et augmentent si rapidement qu'ils sont devenus une question nationale.

[3.] Les provinces productrices ont droit à des recettes importantes à titre de propriétaires des ressources. Les recettes provenant de la vente du pétrole et du gaz et les retombées économiques de l'expansion du secteur des ressources ont engendré une prospérité sans précédent et salutaire dans les trois provinces les plus à l'ouest. Cette prospérité ne semble pas près de finir; en fait, l'expansion du secteur de l'énergie entraîne déjà un déplacement important et durable de la richesse, de l'activité et de la population vers l'ouest.

Simultanément, il faut tenir compte d'un droit national—un droit de tous les Canadiens—sur une partie de ces recettes et avantages. La croissance de l'industrie pétrolière depuis plusieurs années et ses perspectives prometteuses doivent beaucoup à la politique nationale, notamment à celle qui a assuré un marché au pétrole et au gaz de l'Ouest canadien, ainsi qu'aux dispositions fiscales fédérales qui étaient et qui restent extraordinairement favorables. Les citoyens du Canada et leur gouvernement national ont joué un rôle de premier plan dans la promotion du développement de l'industrie pétrolière et gazière; à ce titre, ils ont le droit d'en bénéficier aussi.

[4.] Nor is the issue primarily one of the sharing of revenues between government and industry. While there is some scope to obtain increased revenues from the oil and gas companies, the solution cannot be found exclusively in this direction. To rely entirely on new taxes upon the industry would be unfair. It would also be ill-advised, for it would put in jeopardy our energy supply objectives. Finally, it would miss the basic point: *what is the appropriate distribution of oil and gas revenues among governments?*

What share of revenues reflects the needs and responsibilities of the two levels of government? At present, provincial governments receive more than three-quarters of the oil and gas production revenues accruing to governments. Alberta, with 10 per cent of Canada's population, receives over 80 per cent of the petroleum revenues gained by provinces.

Under existing arrangements, the Government of Alberta is enjoying rapid increases in its oil and gas revenues. Its revenues have grown faster than its expenditures, even though those expenditures have risen faster than those in any other province. Alberta has been able, moreover, to reduce substantially its tax rates for non-resource corporations, and its citizens enjoy the lowest tax burden, and the highest disposable incomes, in Canada. With rising oil and gas prices, the revenues accruing to the province are sufficient to allow the Government of Alberta to have growing budgetary surpluses for the foreseeable future.

Under any plausible price and revenue-sharing system, the financial position of the Alberta government will improve substantially, in both absolute and per capita terms. Canadians must decide, however, whether the current arrangements, which concentrate the financial benefits of higher oil prices in one provincial government, and give little benefit to the national government, are appropriate.

The Government of Canada believes that the present system is inappropriate and unfair. It believes that more appropriate arrangements must be made, so that the national government, which is accountable to all Canadians, gains

[4.] Le fond de la question n'est pas non plus le partage des recettes entre l'industrie et les pouvoirs publics. On pourrait obtenir des recettes accrues auprès des compagnies pétrolières et gazières, mais la solution ne peut se limiter à cela. Il serait injuste de recourir uniquement à de nouvelles taxes sur l'industrie. Ce serait également peu indiqué, car la réalisation de nos objectifs d'approvisionnement énergétique en souffrirait. Enfin, cela ne répondrait pas à la question fondamentale, celle de la *répartition appropriée des recettes pétrolières et gazières entre les gouvernements.*

Quelle est la part des recettes qui correspond aux besoins et aux responsabilités des deux paliers de gouvernement? A l'heure actuelle, les gouvernements provinciaux reçoivent plus des trois quarts des recettes tirées de la production pétrolière et gazière qui vont au secteur public. L'Alberta, avec 10% de la population du Canada, reçoit plus de 80% des recettes pétrolières des provinces.

En vertu des ententes actuelles, le gouvernement de l'Alberta voit augmenter rapidement ses recettes pétrolières et gazières. Ces dernières ont progressé plus vite que ses dépenses, bien que celles-ci se soient élevées plus rapidement que dans toute autre province. L'Alberta a pu en outre réduire sensiblement les taux d'imposition des sociétés dans les secteurs autres que celui des ressources, et ses citoyens jouissent du fardeau fiscal le moins lourd et du revenu disponible le plus élevé au Canada. Grâce à la hausse du prix du pétrole et du gaz, les recettes de la province sont suffisantes pour permettre au gouvernement de l'Alberta d'enregistrer des excédents budgétaires croissants pendant l'avenir prévisible.

D'après n'importe quel régime plausible de prix et de partage des recettes, la situation financière du gouvernement de l'Alberta se renforcera notablement, tant dans l'absolu que par habitant. Les Canadiens doivent cependant décider si le système actuel, qui concentre les avantages financiers de la hausse des prix du pétrole entre les mains d'un gouvernement provincial et ne bénéficie guère au gouvernement national, est approprié.

Le gouvernement du Canada pense que le système actuel n'est ni approprié, ni juste. Il pense que des dispositions plus adaptées doivent être prises, de manière que le gouvernement qui doit rendre des comptes à tous les Canadiens, le gou-

access to the funds it needs to support its response to national needs.

- [5.] One of the objectives of the *Energy Strategy for Canada*, published by the Government of Canada in 1976, was to increase substantially Canadian ownership of the petroleum sector. While there has been some reduction in the level of foreign ownership of the industry, the objectives have not been met. Perhaps due to a pre-occupation with oil security objectives since the mid-1970s, the set of energy policy instruments has not been sufficiently conducive to increased Canadian ownership of the sector.

In general, price and tax policies have provided the industry with the cash flow necessary to finance its expenditures. This means that the oil consumer and the Canadian taxpayer have financed virtually all of the substantial expansion of this industry.

- [6.] The significant fact today remains that the foreign companies control most of Canada's oil and gas industry, and of its revenues. Foreign-controlled firms control the future through their control of the land in which exploration takes place. The frontier land permits are largely held by foreign-controlled companies. Of the 290 million acres held under permit on frontier lands, 110 million acres are held by Canadian-controlled companies. Of the Canadian-held permits, Petro-Canada clearly accounts for the largest portion, about 60 per cent. It is one of the few Canadian companies capable of handling the costs and risks of frontier exploration. Dome Petroleum Limited, another Canadian-controlled company, holds a further 15 per cent. Other Canadian companies hold only very small interests in these important new resource areas. Similarly, the existing oil sands plants are dominated by foreign-controlled firms. Canadian-controlled firms represent only 34 per cent of the equity in Syncrude.

If this pattern were left undisturbed, foreign-controlled companies would account for a large part of the future energy supplies in Canada. The

vernement national, ait accès aux ressources financières nécessaires pour répondre aux besoins nationaux.

- [5.] L'un des objectifs de la *Stratégie de l'énergie pour le Canada*, publiée en 1976 par le gouvernement du Canada, était d'accroître sensiblement la participation canadienne dans le secteur du pétrole. Bien que la proportion des capitaux étrangers y ait quelque peu diminué, l'objectif n'a pas été atteint. En raison, peut-être, de l'importance accordée à la sécurité des approvisionnements depuis le milieu des années 70, la politique énergétique n'a pas favorisé suffisamment l'accroissement de la participation canadienne dans ce secteur.

De façon générale, la politique des prix et les mesures fiscales ont assuré à l'industrie les ressources nécessaires pour financer ses dépenses. Cela signifie que le consommateur de pétrole et le contribuable canadien ont financé en quasi-totalité l'expansion considérable de l'industrie.

- [6.] L'important reste qu'aujourd'hui les compagnies étrangères contrôlent la presque totalité de l'industrie canadienne du pétrole et du gaz et de ses recettes. Elles contrôlent l'avenir, par leur mainmise sur les territoires où se fait l'exploration. Les permis relatifs aux régions pionnières sont largement détenus par des sociétés sous contrôle étranger. Sur les 290 millions d'acres concédées par permis sur des terres pionnières, 110 millions d'acres sont détenues par des sociétés sous contrôle canadien. Du côté des permis détenus par des Canadiens, Petro-Canada joue le principal rôle, avec 60%. C'est l'une des rares compagnies canadiennes capables d'assumer le coût et les risques de l'exploration dans les régions pionnières. La société Dome Petroleum Limited, une autre société sous contrôle canadien, détient aussi 15%. Les autres compagnies canadiennes ne détiennent que de très faibles intérêts dans ces régions importantes pour les gisements nouveaux. De même, les usines actuelles d'exploitation des sables pétrolifères sont dominées par les entreprises étrangères. Les sociétés sous contrôle canadien ne représentent que 34% des capitaux propres dans l'entreprise Syncrude.

Si l'on ne modifiait pas cette situation, les sociétés étrangères représenteraient une forte proportion de l'approvisionnement futur du

reinvestment of the cash flow earned by the foreign companies on their current production will help increase the size and influence of these companies.

Canada en énergie. Le réinvestissement des sommes procurées à ces sociétés par leur production actuelle contribuerait à accroître leur taille et leur influence.

[7.] Canada is not so rich in energy that it can afford to squander its energy endowment, or put off hard decisions. To do so would be a disservice to ourselves, to future generations of Canadians, and to a world that expects us to play a role that reflects our strength. Nor, however, is Canada so imperiled by the energy situation that must rush blindly into energy decisions to the exclusion of other pressing national concerns.

[7.] Le Canada n'est pas assez riche en énergie pour pouvoir se permettre de dilapider ses ressources énergétiques ou de retarder des décisions difficiles. Ce serait rendre un mauvais service à nous-mêmes, aux générations futures de Canadiens et à un monde qui attend de nous que nous jouions un rôle conforme à notre force. Le Canada n'est pas non plus menacé par la situation énergétique au point de devoir prendre des décisions précipitées sans tenir compte des autres préoccupations nationales importantes.

The Government of Canada believes that energy should not be a problem. On the contrary, it can be a major factor in the solution to our broader challenges, if Canada has a program to provide Canadians with energy *security*, the *opportunity* to participate in energy development, and *fairness* in the manner in which the benefits of the nation's rich resources are shared. The National Energy Program is designed to achieve these goals.

Le gouvernement du Canada pense que l'énergie ne devrait pas être un problème. Au contraire, elle peut être un facteur clé dans la solution de nos problèmes plus généraux, si le pays se dote d'un programme assurant aux Canadiens la *sécurité* des approvisionnements en énergie, la *possibilité* de participer à leur développement et l'*équité* dans le partage des avantages découlant des richesses énergétiques de la nation. Le Programme énergétique national est conçu de manière à atteindre ces objectifs.

[8.] Despite our strengths, the nature of our energy use and trade leaves Canada unwisely and unnecessarily vulnerable to the vagaries of the world oil market. An immediate start must be made on measures to achieve sustained energy security.

[8.] Malgré ses atouts, le bilan et les échanges énergétiques de notre pays l'exposent inutilement et dangereusement aux aléas du marché mondial du pétrole. Il faut dès maintenant prendre des mesures pour parvenir à une sécurité durable en matière d'énergie.

The current fiscal system concentrates petroleum wealth within Canada to a highly undesirable extent, and leaves the federal government seriously short of the revenue it requires to manage the Canadian economy, reduce regional disparities, and develop an effective national energy policy. Also, while there is an important and entrepreneurial Canadian presence in the oil and gas sector, the involvement of Canadians through private and public sector corporations is still unacceptably low. The challenge is to effect the changes required to alleviate these problems.

Le régime fiscal actuel concentre de manière excessive la prospérité due au pétrole au Canada et est très loin de procurer au gouvernement fédéral les recettes dont il a besoin pour gérer l'économie canadienne, réduire les disparités régionales et mettre en oeuvre une politique nationale efficace de l'énergie. De plus, malgré une présence canadienne importante et dynamique dans le domaine du pétrole et du gaz naturel, la participation des Canadiens, par le biais du secteur privé ou public, y reste beaucoup trop faible. Le défi consiste à effectuer les changements voulus pour atténuer ces problèmes.

[9.] The National Energy Program is the federal government's response to these energy challenges. It is an energy package that includes pricing regimes, fiscal measures, expenditure programs,

[9.] Le Programme énergétique national est la réponse du gouvernement fédéral à ces défis énergétiques. Il s'agit d'un train de mesures touchant à la fois les régimes de prix, les dispositions fiscales, les

and direct federal action to achieve the goals of energy security, opportunity, and fairness. The specific elements of the National Energy Program, which are detailed in the following pages, will re-structure Canada's energy system to balance domestic oil supplies with domestic demand by 1990, achieve an equitable sharing of energy benefits and burdens among Canadians, lead to a high level of Canadian ownership and control of the energy sector, expand the role of the public sector in oil and gas, and ensure greater industrial benefits from energy development.

What we have reproduced from the National Energy Program is, we think, enough to show that, in relation to the proposed legislation under challenge here, there is a blend of tax and regulatory policies aimed at realizing the three precepts stated by the responsible Minister, with emphasis on promoting the Canadianization of energy resources, the encouragement of energy conservation and the support of an allocation scheme under which tax money collected for natural gas and as well for oil as they go out will be used to help pay for oil as it comes in through importation.

The wisdom or likely success of the policies envisaged by the National Energy Program are not matters for assessment by this Court. The Court's role is the determination of validity when, as here, a constitutional challenge is raised to legislation. A court must be careful not to confuse validity with wisdom or efficacy and it is also expected to defer to the legislative, indeed to the political judgment which the legislation expresses, save as it clearly sees constitutional infirmity in what is proposed or enacted.

The *National Energy Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-6, as amended, as a related statute, may even more confidently be regarded as giving character to the proposed legislation herein by reason of the acknowledgement of required subservience to the licensing provisions of that Act. Section 81 of the Act, found in Part VI, provides that "Except as provided in the regulations, no person shall export

programmes de dépenses et les initiatives fédérales directes visant à atteindre les objectifs de sécurité énergétique, de participation et d'équité. Les éléments particuliers du Programme énergétique national, exposés ci-après, permettront de restructurer le bilan énergétique du Canada afin d'équilibrer l'offre et la demande intérieures de pétrole d'ici 1990, d'obtenir un partage équitable des avantages et des charges liés à l'énergie entre tous les Canadiens, de promouvoir une forte participation canadienne dans le secteur de l'énergie, d'étendre le rôle du secteur public en matière de pétrole et de gaz, et d'obtenir des retombées industrielles plus importantes du développement de l'énergie.

Les extraits du Programme énergétique national que nous avons reproduits suffisent, croyons-nous, pour indiquer qu'en ce qui concerne le projet de loi contesté en l'espèce, il y a une combinaison de politiques en matière de taxation et de réglementation destinées à réaliser l'application des trois principes formulés par le ministre responsable. Ces politiques visent surtout à promouvoir la canadienisation des ressources énergétiques, à encourager la conservation de l'énergie et à appuyer un régime d'affectation de fonds selon lequel les revenus provenant de la taxe sur l'exportation de gaz naturel et de pétrole serviront à payer en partie le pétrole importé.

Il n'appartient à cette Cour d'apprécier ni la sagesse ni la possibilité de succès des politiques qu'envisage le Programme énergétique national. Son rôle est de se prononcer sur la validité d'une loi lorsque, comme en l'espèce, on en conteste la constitutionnalité. Une cour doit se garder de confondre validité et sagesse ou efficacité, et on s'attend également à ce qu'elle s'en remette au jugement législatif, voire politique, exprimé dans la loi, sauf dans la mesure où elle voit clairement un vice constitutionnel dans ce qui est proposé ou adopté.

Nous pouvons même avec plus de certitude considérer que la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, chap. N-6 et modifications, en tant que loi connexe, précise la nature du projet de loi en cause en raison de la reconnaissance de l'obligation d'observer les dispositions en matière de licences de cette loi. L'article 81 de cette loi, qui se trouve à la partie VI, prévoit que «Sauf ce que



any gas . . . or import any gas except under the authority of and in accordance with a licence issued under this Part". Conditions to be met for a licence to export or import gas are set out in succeeding provisions which it is unnecessary to examine in any detail.

We need only say here that the export licence cannot be seen as a mere yielding to a regulatory authority and, thereafter, as standing apart from the tax, leaving it as an independent and unconnected levy on gas produced in and by Alberta. This is to ignore the setting in which the levy is imposed, a matter which we have already canvassed.

#### The Reference to the Alberta Court of Appeal

What is before this Court, by way of an appeal as of right, is the opinion of the Alberta Court of Appeal on a reference to it under an Alberta Order in Council of November 12, 1980 setting out two questions for hearing and consideration. The questions were to be answered on the basis of certain facts set out in the Order in Council. When the reference was directed, only the Ways and Means Motion was current but it is not disputed that Bill C-57 does not alter the relevant terms of the Ways and Means Motion.

The two questions asked on the reference (and we should add that there was no substantial change in them under the order in this Court directing notice to be given to the Attorneys-General of the provinces) were as follows:

3. The questions to be heard and considered by the Court of Appeal are as follows:

(a) If the tax on exported natural gas imposed under the said legislation is *intra vires* the Parliament of Canada, is the said natural gas that is exported from Canada for use outside Canada liable to taxation under the tax on exported natural gas having regard to the British North America Acts, 1867 to 1975, and in particular sections 117, 125 or 126 of those Acts or any combination of those sections?

(b) Is the tax on exported natural gas imposed under the said legislation, with respect to the said natural gas that is exported from Canada for use outside Canada, *ultra vires* the Parliament of Canada either

prévoient les règlements, une personne ne doit exporter du gaz . . . ou importer du gaz, que sous l'autorité et conformément à une licence délivrée selon la présente Partie». Les conditions à remplir pour obtenir une licence d'exportation ou d'importation de gaz sont énoncées dans les dispositions qui suivent et qu'il est inutile d'examiner en détail.

Il nous suffit de dire ici qu'on ne saurait considérer que la licence d'exportation est une simple soumission à un pouvoir de réglementation, pour ensuite considérer qu'elle est sans rapport avec la taxe, ce qui ferait de cette dernière une taxe indépendante et isolée sur le gaz produit en Alberta et par cette province. Ce serait là faire abstraction du cadre dans lequel la taxe s'inscrit, ce dont nous avons déjà parlé.

#### Le renvoi à la Cour d'appel de l'Alberta

Le présent pourvoi, formé de plein droit, porte sur l'avis exprimé par la Cour d'appel de l'Alberta dans le cadre d'un renvoi autorisé par décret pris le 12 novembre 1980. Ce décret formulait deux questions dont la Cour d'appel serait saisie et auxquelles elle devrait répondre en se fondant sur certains faits qu'il énonçait. A l'époque où le renvoi a été ordonné, il n'y avait que la motion des voies et moyens, mais on ne conteste pas que le projet de loi C-57 ne modifie aucunement les termes pertinents de cette motion.

Le renvoi posait les deux questions suivantes (et nous devons ajouter qu'elles n'ont subi aucune modification majeure dans l'ordonnance de cette cour enjoignant de donner avis aux procureurs généraux des provinces):

[TRADUCTION] 3. Les questions soumises à l'examen de la Cour d'appel sont les suivantes:

a) Si la taxe sur le gaz naturel exporté imposée aux termes de ladite loi est *intra vires* du Parlement du Canada, le gaz naturel exporté du Canada pour être utilisé à l'extérieur du Canada est-il assujéti à la taxe sur le gaz naturel exporté compte tenu des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1975 et en particulier de l'article 117, 125 ou 126 ou de toutes combinaisons de ces articles?

b) La taxe sur le gaz naturel exporté imposée en vertu de ladite loi sur ledit gaz naturel qui est exporté du Canada pour être utilisé à l'extérieur du Canada, est-elle en totalité ou en partie *ultra vires* du Parle-

in whole or in part, and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

The facts recited in the Order in Council as underpinning the reference declare the ownership of the Crown in right of Alberta of Crown lands, mines and minerals (including natural gas). Mention is then made of a well being drilled on certain Crown land, with a resulting production of natural gas in commercial quantities and belonging solely to the Province of Alberta. The Order in Council then continues as follows:

1 . . .

(f) the Province of Alberta has entered into agreements with commercial corporations to have the said natural gas gathered, compressed and processed (such processing does not cause a change in the nature and quality of the said natural gas, but involves only the removal of certain impurities) and then to have it transported by a natural gas pipeline for export sale by the Province of Alberta to a purchaser in the United States of America that is a corporation carrying on business only in the United States of America and not in Canada;

(g) the said natural gas pipeline

(i) is wholly situated within the Province of Alberta and extends from a commencement point in the South-Eastern part of the Province of Alberta for approximately 20 miles to the international border between Canada and the United States of America where the border of the Province of Alberta meets the border of the State of Montana, and

(ii) does not connect with any other pipeline within the Province of Alberta;

(h) the Province of Alberta maintains sole ownership of the said natural gas until it is delivered to the purchaser on the State of Montana side of the border between the State of Montana and the Province of Alberta;

(i) the revenue from the sale of the said natural gas will be paid into the General Revenue Fund of the Province of Alberta to be appropriated to the public service of the Province;

Further facts to be assumed for the purposes of the reference were added in paragraph 2 of the Order in Council in the following terms:

ment du Canada et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?

Selon l'exposé des faits à l'appui du renvoi qui figure dans le décret, c'est à la Couronne du chef de l'Alberta qu'appartiennent les terres de la Couronne, les mines et les minéraux (y compris le gaz naturel). Le décret parle ensuite du forage, sur certaines terres de la Couronne, d'un puits qui permet de produire du gaz naturel en quantité commerciale, lequel appartient exclusivement à la province de l'Alberta. Le décret poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] 1 . . .

f) la province de l'Alberta a conclu avec des sociétés commerciales des ententes pour l'extraction, la compression et le traitement dudit gaz naturel (ce traitement ne modifie ni la nature ni la qualité dudit gaz naturel, et ne sert qu'à enlever certaines impuretés) et pour son transport par pipeline en vue de sa vente par la province de l'Alberta à un acheteur aux Etats-Unis d'Amérique, lequel est une société faisant des affaires uniquement aux Etats-Unis et non au Canada;

g) ledit pipeline

(i) se trouve entièrement dans les limites de la province de l'Alberta et s'étend, à partir d'un point situé dans la partie sud-est de la province, sur une distance approximative de 20 milles jusqu'à la frontière internationale entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique, c'est-à-dire jusqu'à la frontière entre la province de l'Alberta et l'Etat du Montana, et

(ii) ne se raccorde à aucun autre pipeline situé dans la province de l'Alberta;

h) la province de l'Alberta demeure l'unique propriétaire dudit gaz naturel jusqu'à ce qu'il soit livré à l'acheteur sur le territoire de l'Etat du Montana, à la frontière qui sépare l'Etat du Montana et la province de l'Alberta;

i) le revenu provenant de la vente dudit gaz naturel sera versé au trésor de la province de l'Alberta pour être affecté aux services publics de la province;

Le paragraphe 2 du décret ajoute d'autres faits que l'on doit présumer exacts aux fins du renvoi. Ces faits sont les suivants:

2...

(a) the Parliament of Canada has enacted legislation in the terms of the Ways and Means Motion (in this Appendix referred to as the "said legislation");

(b) the Province of Alberta has complied with all the laws in force in the Province of Alberta relating to the sale, export and delivery of the said natural gas;

(c) the said natural gas is marketable pipeline gas as defined in the Ways and Means Motion, in respect of which no tax has been paid under the said legislation, and is exported from Canada for use outside Canada pursuant to a licence issued by the National Energy Board under Part VI of the National Energy Board Act, or pursuant to any other authority under that Act.

Although the Order in Council does not expressly refer to portions of the Ways and Means Motion that have in view the implementation of the federal National Energy Program, its reference to the Ways and Means Motion, attached as a Schedule, makes it appropriate to consider all its terms. They include its embrace of the National Energy Program which, accordingly, becomes material in dealing with the constitutional issues posed for determination. The same consideration would apply also to Bill C-57 which had emerged before the hearing in the Alberta Court of Appeal and was before the Court.

#### The Opinion of the Alberta Court of Appeal

The five-person Court gave a *per curiam* or collective opinion in which it said that although two questions were asked, there was, in substance, only one issue raised, as follows:

Is it within the competence of Parliament to impose this levy in respect of this particular natural gas or is it prevented from doing so by Section 125 of the *British North America Act*? Put another way: What is the reach of the protection afforded by Section 125, which provides:

"125. No lands or property belonging to Canada or any Province shall be liable to taxation."

It approached this issue by considering, first, whether the levy was a tax (it held that it was, its

[TRADUCTION] 2...

a) le Parlement du Canada a adopté une loi (appelée dans le présent appendice «ladite loi») qui reprend les termes de la motion des voies et moyens;

b) la province de l'Alberta s'est conformée à toutes les lois qui sont en vigueur dans cette province et qui se rapportent à la vente, à l'exportation et à la livraison dudit gaz naturel;

c) ledit gaz naturel est du gaz commercialisable acheminé par pipeline suivant la définition de cette expression dans la motion des voies et moyens, sur lequel aucune taxe n'a été payée en application de ladite loi et qui est exporté du Canada en vue de son utilisation à l'extérieur du Canada, soit en vertu d'une licence délivrée par l'Office national de l'énergie conformément à la partie VI de la Loi sur l'Office national de l'énergie, soit en vertu de tout autre pouvoir conféré par cette loi.

Même si le décret ne mentionne pas expressément les parties de la motion des voies et moyens qui prévoient la mise en oeuvre du Programme énergétique national du gouvernement fédéral, il convient d'examiner tous les termes de la motion, étant donné que le décret en fait mention et qu'elle est jointe en annexe à celui-ci. Ils portent notamment sur le Programme énergétique national qui devient donc pertinent dans l'étude des questions constitutionnelles dont nous sommes saisis en l'espèce. Il en est de même du projet de loi C-57 qui avait été déposé avant l'audience devant la Cour d'appel de l'Alberta et qu'on avait soumis à l'examen de cette cour.

#### L'avis de la Cour d'appel de l'Alberta

La Cour, composée de cinq juges, a exprimé un avis *per curiam*, c'est-à-dire collectif, dans lequel elle a affirmé que si deux questions avaient été formulées, il n'y avait au fond qu'une seule question litigieuse, savoir:

[TRADUCTION] Le Parlement a-t-il compétence pour imposer cette taxe sur le gaz naturel en question ou l'article 125 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* l'empêche-t-il de le faire? Autrement dit: Quelle est la portée de la protection accordée par l'article 125 qui dispose:

«125. Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à quelque province ne sera sujette à taxation.»

Elle a abordé cette question en examinant d'abord s'il s'agissait effectivement d'une taxe (elle

object being unequivocally to raise revenue) and then addressed the question whether, as urged by the Attorney General of Canada, the levy was associated with a scheme which had support in the federal trade and commerce power. This federal contention was rejected on what, in our view, was too formal a ground, namely, that where money is raised to further an object under a given federal power, that does not, by that fact alone, characterize the tax as a levy under that power. An example was given of taxation of provincial property in Saskatchewan to enable the building of a lighthouse on Sable Island, matters within federal competence.

The Court of Appeal dropped the qualification in its assessment reflected in the phrase "by that fact alone" and moved, in our opinion, to a completely dissociated illustration. If there is a scheme involving a tax on a provincial resource upon its exportation in a commercial transaction, the connection of that tax with the pursuit and attempted realization of a national energy policy surely takes the matter in issue here beyond the characterization "by that fact alone". In this assessment of the issue, the imposition of the levy is no longer dissociated revenue-raising, but is embraced, as a levy in respect of an energy resource, in a comprehensive energy allocation and conservation scheme, a matter to which we will return later in these reasons.

The Alberta Court of Appeal recognized in its reasons that it is difficult to envisage a taxation measure without some effect on trade and commerce, or that a government would tax without regard to that effect; and, further, a government needing to raise revenue would almost invariably mould its legislation to serve other ends. Having, however, said this, the Court declared that it must look at the dominant feature of the proposed legislation in this case, and it concluded that there was no regulatory aspect in it and that the levy was based solely on the power to tax under s. 91(3). It also rejected the submission that the tax was an

a conclu que c'en était une étant donné qu'elle avait nettement pour but de produire un revenu); puis elle a porté son attention sur la question de savoir si, comme l'a prétendu le procureur général du Canada, la taxe s'inscrivait dans le cadre d'un programme fondé sur le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce. Cet argument fédéral a été rejeté pour un motif que nous jugeons trop catégorique, savoir que lorsque des fonds sont perçus pour atteindre un objectif qui relève d'un pouvoir fédéral donné, il ne s'agit pas de ce seul fait d'une taxe imposée en vertu de ce pouvoir. On a donné l'exemple de la taxation de biens de la Saskatchewan situés dans cette province pour permettre la construction d'un phare sur l'île de Sable, questions qui sont du ressort fédéral.

La Cour d'appel a retranché de son appréciation la restriction apportée par l'expression [TRADUCTION] «de ce seul fait» et a passé à une illustration qui, à notre avis, est complètement hors contexte. S'il existe un programme établissant une taxe sur une ressource provinciale lorsque cette ressource est exportée par suite d'une opération commerciale, le lien qui existe entre cette taxe et la poursuite ainsi que la tentative de réalisation d'une politique énergétique nationale fait sûrement que la question litigieuse en l'espèce déborde l'expression «de ce seul fait»? Selon cette appréciation de la question, l'imposition de la taxe n'est plus une mesure isolée destinée à produire un revenu, mais, étant une taxe sur une ressource énergétique, elle fait partie d'un programme global de distribution et de conservation de l'énergie, une question sur laquelle nous reviendrons plus loin dans ces motifs.

La Cour d'appel de l'Alberta a reconnu dans ses motifs qu'il est difficile de concevoir une mesure fiscale qui n'ait aucune incidence sur les échanges et le commerce, ou d'imaginer qu'un gouvernement impose une taxe sans tenir compte de cet effet; du reste, un gouvernement se voyant dans la nécessité de se procurer des deniers formulerait presque inmanquablement sa législation de manière qu'elle réponde à d'autres fins. Toutefois, cela dit, la cour a déclaré devoir examiner le trait dominant de la loi proposée en l'espèce et elle a conclu qu'elle ne revêt pas un aspect de réglementation et que la taxe a pour seul fondement le

export tax, distinguishing in this respect the *Johnny Walker* case, [1924] A.C. 222, as founded on the trade and commerce power. It purported to solidify this view by the following observation:

Moreover, the tax itself avoids export as a direct triggering mechanism. Rather it is the receipt of gas by a distributor which is taxed. An exporter is deemed to be a distributor and is deemed to have received the gas at the time the gas is exported.

We confess to considerable difficulty in following this reasoning on the stated facts in this case and under the proposed legislation. Of course, the tax extends to others in addition to the provincial Crown but in relation to the latter, we are only concerned with the levy when exportation occurs and the tax has not been paid. The assimilation of the Crown provincial to a distributor is simply an attributed character to fix liability for the tax which, itself, arises only upon exportation of the natural gas. If, as we think is the case, the Alberta Court of Appeal is wrong in rejecting the submission that the reference to it clearly envisages an export tax, then the foundation of its opinion is undermined.

The last third of the reasons of the Alberta Court of Appeal considers the scope of s. 125, examines the property provisions of the *British North America Act* and the effect of the transfer to Alberta (as, indeed, to the other western provinces) of the Crown lands and natural resources therein. It cannot be gainsaid that the purpose of this transfer was to place Alberta in the same position vis-à-vis property and resource ownership as the original confederating provinces and those which entered later in the 1870's. The Court found it unnecessary to deal with an argument of counsel for the Attorney General of Alberta that the effect of the transfer legislation of 1930, especially s. 1 of the confirming statutes, put Alberta in a superior position. This point was, however, heavily pressed in the argument in this Court, and we propose to

pouvoir de taxation que confère le par. 91(3). Elle a également repoussé la prétention qu'il s'agit d'une taxe sur les exportations faisant à cet égard la distinction avec l'arrêt *Johnny Walker*, [1924] A.C. 222, fondé sur le pouvoir en matière d'échanges et de commerce. Elle a apparemment renforcé ce point de vue par l'observation suivante:

[TRADUCTION] De plus, la taxe elle-même ne vise pas l'exportation comme mécanisme de déclenchement direct. C'est plutôt la réception du gaz par un distributeur qui est taxée. Un exportateur est réputé être un distributeur et avoir reçu le gaz au moment où il l'exporte.

Nous avouons avoir beaucoup de mal à suivre ce raisonnement, compte tenu à la fois de l'exposé des faits en l'espèce et de la loi proposée. Il est évident que la taxe ne vise pas uniquement la Couronne du chef de la province, mais, en ce qui concerne cette dernière, nous nous intéressons seulement à la situation où il y a exportation sans que la taxe ait été payée. Si la Couronne du chef de la province est assimilée à un distributeur, ce n'est que pour établir l'assujettissement à la taxe qui, en soi, s'applique seulement dans le cas d'exportation du gaz naturel. Si, comme c'est le cas à notre avis, la Cour d'appel de l'Alberta a eu tort de rejeter l'allégation portant que le renvoi dont elle était saisie concerne clairement une taxe sur les exportations, le fondement de son avis s'en trouve alors ébranlé.

La Cour d'appel de l'Alberta consacre le dernier tiers de ses motifs à l'étude de la portée de l'art. 125 et à l'examen des dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* relatives aux biens et à celui de l'effet du transfert à l'Alberta (tout comme, en fait, aux autres provinces de l'Ouest) des terres de la Couronne et des ressources naturelles qui s'y trouvent. Il est indéniable que ce transfert avait pour but de mettre l'Alberta dans la même situation, quant à la possession des biens et des ressources, que les provinces qui ont formé originairement la Confédération et celles qui y sont entrées plus tard dans les années 1870. La cour n'a pas jugé nécessaire d'aborder l'argument de l'avocat du procureur général de l'Alberta selon lequel la convention de 1930 sur le transfert, et plus particulièrement l'art. 1 de la loi qui la

deal with it later in these reasons.

The Alberta Court of Appeal went on in its reasons to take issue with what it called "an artificial and non-existent situation" in attributing distributor character to the Crown provincial when in fact the Crown was a producer. It put the matter in these terms:

The Province produces natural gas which it owns, from land which it owns, through a pipeline which it owns and sells it to a purchaser in the State of Montana. That process of disposing of a Crown asset would not ordinarily be termed distribution. A distributor is one who receives the product from a producer and passes it on to a consumer. The Ways and Means Motion before Parliament and the amendments to the Excise Tax Act proposed in Bill C-57, however, make it distribution by deeming it to be so. The exporter of the gas is the Crown; the exporter is also the producer of it and not the distributor. But Section 2 of Part IV.1 provides that the exporter of gas is "deemed to be the distributor of that gas and to have received that gas at the time he exports it".

This disposition disregards the fact, the plain fact (conceded by the Court's reference to the Crown as exporter) that (and we have said this earlier in these reasons) attributing distributor character to the Crown provincial is not for the purpose of putting a false face on the Crown's operations leading to the export of the natural gas but merely to charge it with tax by reason of the export.

It is plain to us that the Alberta Court of Appeal has substituted an attack on the mechanics of the tax, on the collection provisions, in place of addressing the substantive issues. The Privy Council's reasons in *Atlantic Smoke Shops, Limited v. Conlon*, [1943] A.C. 550 and those of this Court in its recent judgment in *Minister of Finance of New Brunswick v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 144, show how wrong it is to be beguiled by

confirme, ont eu pour effet de placer l'Alberta dans une situation privilégiée. Toutefois, comme on a beaucoup insisté sur ce point en cette Cour, nous comptons l'examiner plus loin dans ces motifs.

La Cour d'appel de l'Alberta a souligné sa désapprobation à l'égard de ce qu'elle a appelé [TRADUCTION] «une situation artificielle et fictive» qui résulte de l'attribution à la Couronne du chef de la province de la qualité de distributeur alors qu'en réalité, elle est un producteur. Voici ce que dit la Cour d'appel à ce sujet:

[TRADUCTION] La province produit du gaz naturel dont elle est propriétaire et qu'elle tire de terres dont elle est propriétaire. Elle achemine ce gaz naturel par un pipeline dont elle est également propriétaire pour le vendre à un acheteur dans l'Etat du Montana. Cette façon de disposer d'un bien de la Couronne ne serait pas normalement qualifiée de distribution. Le distributeur est celui qui reçoit le produit d'un producteur et qui le livre ensuite à un consommateur. Toutefois, la motion des voies et moyens déposée devant le Parlement ainsi que les modifications de la Loi sur la taxe d'accise proposées dans le projet de loi C-57, en font de la distribution par voie de présomption. C'est la Couronne qui est l'exportateur du gaz; l'exportateur en est également le producteur et non pas le distributeur. Mais, aux termes de l'art. 2 de la Partie IV.1, l'exportateur de gaz est «réputé être le distributeur de ce même gaz et avoir reçu ce même gaz au moment où il l'exporte».

Ces propos ne tiennent pas compte d'un fait incontestable (que la cour a reconnu en qualifiant la Couronne d'exportateur), savoir (comme nous l'avons déjà affirmé dans les présents motifs) que l'attribution à la Couronne du chef de la province de la qualité de distributeur n'a pas pour objet de faire paraître sous un faux jour les opérations de la Couronne qui aboutissent à l'exportation du gaz naturel, mais simplement à la frapper d'une taxe en raison de l'exportation.

Il est évident, selon nous, que la Cour d'appel de l'Alberta, au lieu de se pencher sur les questions de fond, s'est livrée à une attaque contre les modalités de la taxe, savoir les dispositions relatives à sa perception. Les motifs du Conseil privé dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops, Limited v. Conlon*, [1943] A.C. 550, et ceux de cette Cour dans son arrêt récent *Ministre des Finances du Nouveau Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée*, [1982] 1 R.C.S.

form which goes to the gathering in of a tax and to make it a ground of invalidation. The present case, in our opinion, risks a similar approach which should equally be rejected.

There are two other conclusions by the Alberta Court that appear to us to be in the face of the words of the order of reference and of the proposed legislation and, indeed, in the face of admitted facts. These conclusions are in the following terms:

The tax, insofar as it affects the natural gas concerned in this reference, is not a tax on a transaction or on the movement of gas or on the consumption of gas or on a person. It is a tax on a Province respecting its property and is prohibited by Section 125.

And, again:

In our view the activity in this case is nothing more than primary production.

If only "primary production" was involved, it would be easy to concede that s. 125 protects against taxation in that respect. The Alberta Court of Appeal has, however, an extravagant conception of primary production when it includes in it (as its reasons go on to say) capture and removal of the natural gas by the drilling of a well, installation of the necessary piping, installation of compression facilities, removal of impurities and transport to the purchaser in the usual way. It only neglected to mention that an export transaction was involved.

Primary production surely ends where actual marketing of the product begins. We would not quarrel with a definition of primary production of natural gas which goes beyond the mere bringing it up from its situation in the ground, or even if it extended to making it fit for sale. Indeed, the proposed federal legislation appears to concede this much by making "marketable pipeline gas" the pivot upon which tax liability arises but (in respect of the Alberta Crown) only upon its export from Canada pursuant to a licence; that is upon it being marketed, not upon it being merely marketable.

144, nous montrent combien il est mauvais de se laisser tromper par la forme de la perception d'une taxe pour en faire un motif d'invalidité. A notre avis, on risque d'adopter en l'espèce un point de vue semblable qui doit être pareillement rejeté.

Deux autres conclusions de la Cour d'appel de l'Alberta nous paraissent incompatibles avec les termes de l'ordonnance de renvoi et de la loi proposée et, en réalité, avec les faits reconnus. Ces conclusions se lisent comme suit:

[TRADUCTION] La taxe, dans la mesure où elle touche le gaz naturel dont il est question dans le présent renvoi, ne frappe ni une opération, ni le transport du gaz, ni la consommation du gaz, ni une personne. Il s'agit d'une taxe sur le bien d'une province et l'art. 125 l'interdit.

Et, encore:

[TRADUCTION] Nous estimons qu'il ne s'agit en l'espèce que de production primaire.

S'il ne s'agissait que de «production primaire», on pourrait facilement concéder que l'art. 125 fournit une protection contre la taxation à cet égard. La Cour d'appel de l'Alberta a toutefois une conception extravagante de la production primaire lorsqu'elle inclut dans cette production (comme elle l'ajoute dans ses motifs) l'extraction du gaz naturel par le forage d'un puits, l'installation de la tuyauterie nécessaire, la construction d'installations de compression, l'enlèvement d'impuretés et la livraison à l'acheteur de la manière habituelle. Elle omet seulement de mentionner qu'une opération d'exportation est en cause.

La production primaire finit sûrement là où la commercialisation du produit commence. Nous ne contesterions pas une définition de la production primaire de gaz naturel qui irait au delà de sa simple extraction du sol, ou qui comprendrait même les opérations qui consistent à le rendre commercialisable. D'ailleurs, la loi fédérale proposée semble reconnaître cela faisant du «gaz commercialisable acheminé par pipeline» le pivot de l'assujettissement à la taxe mais (en ce qui concerne la Couronne du chef de l'Alberta) seulement au moment de son exportation du Canada en vertu d'une licence, c'est-à-dire lorsque le gaz est commercialisé, non pas lorsqu'il est simplement commercialisable.

In view of the above, can it be seriously doubted that the Alberta Crown has gone far beyond primary production in the facts stated and assumed in the order of reference?

The Natural Resources Transfer Agreement: The British North America Act, 1930, c. 26

We wish to dwell briefly on an argument strongly advanced by one of the counsel for the Attorney General of Alberta, namely, that by virtue of the Natural Resources Transfer Agreement and confirmatory legislation, especially the *British North America Act, 1930*, the Province of Alberta is *qua* control of its property and natural resources in a superior position to that enjoyed by the older provinces under the various property provisions of the *British North America Act, 1867*. In our opinion, this is an untenable proposition.

Section 1 of the *British North America Act, 1930* is the main reliance for counsel's submission. It reads as follows:

1. The agreements set out in the Schedule to this Act are hereby confirmed and shall have the force of law notwithstanding anything in the *British North America Act, 1867*, or any Act amending the same, or any Act of the Parliament of Canada or in any Order in Council or terms or conditions of union made or approved under any such Act as aforesaid.

Counsel fastens on the words "notwithstanding anything in the *British North America Act, 1867*" etc. There are two frailties in the contention. First, and foremost, it ignores the context in which this *non obstante* clause is used; it is clearly addressed to the Natural Resources Transfer Agreements worked out between Canada and the Western Provinces and thus is related directly to the property provisions of the 1867 Act. The agreement with Alberta opens with the words that "it is desirable that the Province should be placed in a position of equality with the other Provinces of Confederation with respect to the administration and control of its natural resources", and s. 1 of

Compte tenu de ce qui précède, peut-on sérieusement douter qu'il se dégage des faits énoncés et présumés exacts dans l'ordonnance de renvoi que la Couronne du chef de l'Alberta a largement dépassé les limites de la production primaire?

La Convention sur les ressources naturelles: L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, chap. 26

Nous tenons à parler brièvement d'un argument qu'un des avocats du procureur général de l'Alberta a avancé avec vigueur. Suivant cet argument, par suite de la Convention sur les ressources naturelles et de la législation qui la confirme, particulièrement l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930*, la province de l'Alberta se trouve, sur le plan du contrôle de ses biens et de ses ressources naturelles, dans une situation privilégiée par rapport aux provinces plus anciennes qui sont régies par les différentes dispositions relatives aux biens contenues dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. A mon avis, cet argument est insoutenable.

La prétention de l'avocat s'appuie principalement sur l'art. 1 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930*. En voici le texte:

1. Les conventions comprises dans l'annexe de la présente loi, sont par les présentes confirmées et auront force de loi nonobstant tout ce qui est contenu dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, ou dans tout Acte le modifiant, ou dans toute loi du Parlement du Canada ou dans tout arrêté du Conseil ou termes ou conditions d'Union faits ou approuvés sous l'empire d'aucune de ces lois.

L'avocat s'attache aux mots «nonobstant tout ce qui est contenu dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867» etc. Sa prétention comporte deux faiblesses. D'abord et avant tout, elle fait abstraction du contexte dans lequel cette clause *non obstante* est employée; elle vise nettement les conventions sur les ressources naturelles conclues entre le Canada et les provinces de l'Ouest et elle se rapporte donc directement aux dispositions de l'Acte de 1867 relatives aux biens. Dans les considérants de la convention avec l'Alberta, on trouve les mots «il est avantageux que la province soit traitée à l'égal des autres provinces de la Confédération quant à l'administration et au contrôle de



the agreement places the province in the same position as the original provinces of Confederation with respect to Crown lands, mines, minerals and royalties derived therefrom. There is simply no basis upon which Alberta can claim a superior position to that of the 1867 confederating provinces.

The second frailty in its submission is that it would erode s. 125 of the 1867 Act if not also all other restraints imposed by the 1867 Act and would, in effect, prove too much, namely, that Alberta in respect of its natural resources is not governed by any limiting terms of the Act of 1867.

There is no need to say anything more on what is a far-fetched submission.

#### The Scope of Section 125: Relation to Heads of Federal Power

It is not necessary to say anything about s. 125 in the face of unexercised federal power. The section is not a grant of legislative authority nor is it a grant of proprietary right. The latter is covered by s. 109 of the *British North America Act* and associated provisions, which, in the light of the Natural Resources Transfer Agreement, apply to Alberta as they apply to other provinces of Canada.

Only if federal power is exercised under s. 91 (as is the contemplation of the present reference) does it become necessary to consider the degree to which s. 125 immunizes provincial lands or property from the federal exercise. We readily agree with the submission of the Attorney General of Alberta that the *non obstante* clause of s. 91 does not itself qualify whatever scope s. 125 has, but that is because s. 125, not being itself a grant of legislative power, is not brought into possible conflict with the grants of federal legislative power in s. 91, so as to make it necessary to find a mutual accommodation as is the case with the grants of provincial legislative power under s. 92.

ses ressources naturelles», et la clause 1 de la convention met la province sur un pied d'égalité avec les provinces qui ont formé originairement la Confédération quant aux terres, mines, minéraux et redevances en découlant qui appartiennent à la Couronne. Il n'y a tout simplement rien qui permet à l'Alberta de revendiquer une situation privilégiée par rapport à celle des provinces qui ont formé la Confédération en 1867.

La seconde faiblesse de cette prétention est qu'elle aurait pour effet de miner l'art. 125 de l'Acte de 1867, voire également toutes les autres restrictions imposées par l'Acte de 1867. Elle irait en fait trop loin en établissant qu'aucune restriction de l'Acte de 1867 ne s'applique aux ressources naturelles de l'Alberta.

Il n'est pas nécessaire d'en dire davantage sur ce qui constitue une prétention exagérée.

#### La portée de l'article 125: son rapport avec les pouvoirs fédéraux

Nous n'avons pas à nous prononcer sur l'art. 125 dans le cas où le fédéral n'a pas exercé l'un de ses pouvoirs. Cet article n'accorde aucun pouvoir législatif, pas plus qu'il n'accorde un droit de propriété. Le droit de propriété est traité par l'art. 109 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et les dispositions connexes qui, compte tenu de la Convention sur les ressources naturelles, s'appliquent à l'Alberta de la même façon qu'aux autres provinces du Canada.

Ce n'est que si un pouvoir fédéral est exercé en vertu de l'art. 91 (comme c'est le cas dans le présent renvoi) qu'il devient nécessaire de déterminer dans quelle mesure l'art. 125 immunise les terres ou les biens d'une province contre l'exercice du pouvoir fédéral. Nous nous rallions volontiers au procureur général de l'Alberta quand il fait valoir que la clause *non obstante* de l'art. 91 ne limite pas en soi la portée que peut avoir l'art. 125, mais cela tient à ce que l'art. 125, qui n'accorde pas un pouvoir législatif, ne peut entrer en conflit avec les pouvoirs législatifs fédéraux conférés par l'art. 91, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'essayer de concilier les deux, comme il faut le faire lorsqu'il s'agit des pouvoirs législatifs accordés aux provinces par l'art. 92.

The *non obstante* clause of s. 91 has, however, another office, another aspect, and that is to declare the paramountcy of valid federal legislation as against any incompatible provincial legislation and as against any other provisions of the Act of 1867 such as ss. 109 and 117, or s. 125. The question that arises on this score—and it is in truth the critical question in this case—is how far is it constitutionally proper to limit the exercise of federal power in the light of the protection given to provincial Crown property by s. 125.

We reject completely any contention or suggestion that the paramountcy exemplified in the plain and unambiguous language of s. 91 (“notwithstanding anything in this Act, the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada extends” etc.) is subject to qualification and is subordinated either to s. 125 or to any other provincial protective provision or legislative authority. That does not mean, however, that an accommodation is excluded which would give rational scope to s. 125 or to other provincial matters without completely suppressing federal authority given in *non obstante* terms.

The Alberta Court of Appeal did not address itself to this issue, and its opinion appears to stand for an inversion of the terms of the Act of 1867, and especially of the effect of the *non obstante* clause of s. 91. Moreover, although that opinion indicates a qualification of the overriding protection allegedly given by s. 125 (the qualification residing in the paramount regulatory authority of Parliament in respect of international trade), it diminishes if it does not entirely abrogate the qualification by its definition of primary production as including the marketing (and, in this case, the export marketing) of natural gas.

In our opinion, a rational reconciliation of s. 125 with exercises of federal legislative power under s. 91 lies in recognizing the immunity of property and natural resources of the provincial Crown from federal taxation of such property and resources within the province, or in respect of intraprovincial transactions. This would be to

La clause *non obstante* de l’art. 91 comporte une autre fonction, un autre aspect, qui est de déclarer la primauté de toute loi fédérale valide sur toute loi provinciale incompatible et sur toute autre disposition de l’Acte de 1867 comme les art. 109 et 117, ou encore l’art. 125. La question qui se pose à cet égard—et il s’agit vraiment de la question décisive en l’espèce—est de savoir dans quelle mesure la Constitution permet de limiter l’exercice du pouvoir fédéral, compte tenu de la protection que l’art. 125 accorde aux biens de la Couronne du chef d’une province.

Nous rejetons complètement toute prétention ou toute allégation selon laquelle la primauté qui se dégage du langage clair et non équivoque de l’art. 91 («nonobstant toute disposition du présent acte, l’autorité législative exclusive du Parlement du Canada s’étend» etc.) souffre une restriction et est subordonnée soit à l’art. 125, soit au pouvoir législatif des provinces ou à toute autre disposition qui leur accorde une protection. Cela n’écarte cependant pas la possibilité d’en arriver à un compromis qui donnerait une portée rationnelle à l’art. 125 ou à toute autre disposition concernant les provinces, sans pour autant supprimer complètement le pouvoir fédéral conféré en termes *non obstante*.

La Cour d’appel de l’Alberta n’a pas abordé cette question et son avis semble vouloir inverser les dispositions de l’Acte de 1867 et particulièrement l’effet de la clause *non obstante* de l’art. 91. De plus, bien que cet avis paraisse apporter une restriction à la protection générale que fournirait l’art. 125 (la restriction réside dans le pouvoir de réglementation prépondérant dont dispose le Parlement en matière de commerce international), ce même avis, par l’inclusion de la commercialisation (et, en l’espèce, de la commercialisation en vue de l’exportation) de gaz naturel dans la définition de la production primaire, atténue tout au moins la restriction s’il ne l’annule pas complètement.

A notre avis, une façon rationnelle de concilier l’art. 125 et l’exercice du pouvoir législatif fédéral conféré par l’art. 91 consiste à reconnaître l’immunité des biens et des ressources naturelles appartenant à la Couronne du chef de la province contre la taxation fédérale, lorsqu’ils se trouvent dans la province ou qu’ils font l’objet d’opérations intra-

recognize the exclusive legislative authority of the province in matters that do not extend beyond provincial territorial limits. We have, as well, no reason to doubt that the province may engage in extra-provincial transactions as a proprietor (in respect of its natural resources) so long as there is no inhibiting or regulating federal legislation. In short, it may do as a proprietor (absent federal legislation) what it might not be able to do as a legislator: see *Brooks-Bidlake and Whittall, Limited v. Attorney-General for British Columbia*, [1923] A.C. 450; cf. *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700.

These considerations do not apply to the present case either in terms of the facts, stated and assumed in the order of reference, or in terms of the proposed legislation to which those facts are addressed.

In the first place, even if the province is acting only as proprietor, it confronts applicable federal legislation governing the export of natural gas, legislation under which an export licence is admittedly required. We construe the Province of Alberta's principal position to be that the Parliament of Canada may exercise its regulatory authority over provincial Crown property or resources in relation to export but not in relation to taxation; and we make the same assessment of the views expressed by the Alberta Court of Appeal. There is, hence, no challenge to the imposition of an obligation to obtain a licence for an international transaction in natural gas. What is challenged is any association of a tax with the regulated export of natural gas or, to put it another way, a rejection of any connection between the tax and the licence. The ground of the challenge is simply that the tax is not part of any regulatory scheme connected with the export licence. What this appears to mean is that unless the tax is interwoven in the licence requirement, as, for example, by being made a condition of securing permission to export, it stands apart as simply a superadded revenue measure unconnected with any regulation or control of

provinciales. On reconnaîtrait ainsi le pouvoir législatif exclusif de la province dans les affaires qui ne dépassent pas ses limites territoriales. Nous n'avons également aucune raison de douter que la province puisse, en sa qualité de propriétaire, se livrer à des opérations extra-provinciales (ayant pour objet ses ressources naturelles), pourvu qu'il n'y ait pas de loi fédérale qui empêche ou réglemente ces opérations. Bref, elle peut faire en tant que propriétaire (en l'absence de loi fédérale) ce qui peut lui être interdit de faire en tant que législateur: voir *Brooks-Bidlake and Whittall, Limited v. Attorney-General for British Columbia*, [1923] A.C. 450; cf. *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700.

En l'espèce, ces considérations ne s'appliquent ni aux faits exposés et présumés exacts dans l'ordonnance de renvoi ni à la loi proposée à laquelle se rapportent ces faits.

En premier lieu, même si la province n'agit qu'en sa qualité de propriétaire, elle est confrontée à la loi fédérale qui régit l'exportation de gaz naturel, et on reconnaît que cette loi exige une licence d'exportation. Selon notre interprétation, la province de l'Alberta fait valoir principalement que le Parlement du Canada peut exercer son pouvoir de réglementation sur les biens ou sur les ressources de la Couronne du chef de la province relativement à l'exportation, mais non en ce qui a trait à la taxation; et nous interprétons de la même façon les opinions exprimées par la Cour d'appel de l'Alberta. On ne conteste donc pas l'imposition de l'obligation d'obtenir une licence pour effectuer une opération internationale portant sur le gaz naturel. Ce qui est contesté c'est que la réglementation de l'exportation du gaz naturel soit assortie d'une taxe; autrement dit, on rejette tout lien entre la taxe et la licence. La contestation a pour simple fondement que la taxe ne s'inscrit pas dans le cadre d'un programme de réglementation lié à la licence d'exportation. Cela semble revenir à dire qu'à moins que la taxe ne soit intimement liée à l'exigence d'une licence, comme, par exemple, si on en faisait une condition de l'autorisation d'ex-

export. On this basis, so the argument goes, it does not differ from a tax on the natural resource itself, something forbidden by s. 125.

We are guilty of repetition in asserting here, as we did earlier, that we have here not only no segregated elements but rather a situation in which both the export licence and the tax are pieces of the overall energy program embraced in the proposed federal legislation, a program which we have already examined.

It is, of course, important, and certainly necessary, in considering the foregoing submission, adverse to the validity of the tax, to dwell on the terms of the proposed enactment which is the focus of this case. Although every distributor of natural gas to a consumer in Canada is made liable for the proposed tax, and private persons who export natural gas are also subject to the proposed tax as distributors, the taxability of the Crown in right of Alberta arises only upon the export of any such gas from Canada. It does not arise in this reference upon any dealing by the provincial Crown with its natural gas in Canada.

The charging section of the proposed legislation imposes the tax "on the receipt of marketable pipeline gas by a distributor" and the exporting Crown is made liable for the tax as a distributor and, therefore, by a statutorily deemed receipt of the gas in that character. It is the receipt of gas (the deemed receipt here) which is taxable, and the tax becomes payable by a distributor upon such receipt. Although this (in the ordinary case of a distributor selling to consumers in Canada) distinguishes between a tax on property and a tax on receipt of property (natural gas), imposing the tax upon such receipt, we find nothing untoward in this and would characterize it in no different way than if the tax were imposed (as it in effect is) upon the export of the natural gas. It is a transaction tax, arising upon the movement of property across an international border. The prescription for its collection from the person, here the Crown

porter, cette taxe est isolée étant donné qu'elle ne constitue qu'une mesure fiscale surajoutée sans aucun rapport avec la réglementation ou le contrôle de l'exportation. Pour ce motif, allègue-t-on, elle ne diffère pas d'une taxe sur la ressource naturelle elle-même, ce que l'art. 125 interdit.

Nous répétons ici, comme nous l'avons déjà fait, qu'il n'y a en l'espèce aucun élément isolé. Nous sommes plutôt en présence d'une situation où la licence d'exportation et la taxe font toutes deux partie d'un programme énergétique global qui est repris dans la loi fédérale proposée et que nous avons déjà examiné.

Il est évidemment important et il est certainement nécessaire, en étudiant la prétention susmentionnée selon laquelle la taxe est invalide, de s'arrêter aux dispositions de la loi proposée qui est le noeud du présent pourvoi. Bien que tout distributeur de gaz naturel à un consommateur au Canada soit assujéti à la taxe projetée et que les particuliers qui exportent le gaz naturel y soient également assujettis en qualité de distributeurs, la taxe n'est applicable à la Couronne du chef de l'Alberta qu'à l'exportation de ce gaz du Canada. La Couronne du chef de la province n'y est pas assujétiée en l'espèce lorsqu'elle fait le commerce de son gaz naturel au Canada.

L'article de la loi proposée qui établit la taxe la rend applicable «sur la réception, par un distributeur . . . , de gaz commercialisable acheminé par pipeline», et la Couronne exportatrice, qui, aux termes de la loi, est réputée avoir reçu le gaz en qualité de distributeur, est à ce titre tenue de payer cette taxe. C'est la réception du gaz (en l'espèce, la réception qui est réputée avoir eu lieu) qui est taxable et la taxe devient payable par un distributeur dès cette réception. Quoiqu'on établisse ainsi (dans le cas normal d'un distributeur qui vend à des consommateurs au Canada) une distinction entre une taxe sur un bien et une taxe sur la réception d'un bien (le gaz naturel), nous ne trouvons rien à redire contre l'imposition d'une taxe sur cette réception et nous estimons que cela ne diffère pas de l'imposition d'une taxe (ce qui est en réalité le cas) sur l'exportation du gaz naturel. Il s'agit d'une taxe sur une opération qui s'applique

provincial, does not affect its character. It is by that character taken out of the cocoon of s. 125.

The underlying principle is exemplified by judgments in this Court in the *Johnny Walker* case (1922), 64 S.C.R. 377, and also by the opinion of the Privy Council in that case, reported, [1924] A.C. 222, and previously cited. It involved litigation between the Government of Canada and the Government of British Columbia respecting the former's claim to recover customs duty in respect of whiskey purchased overseas by the Government of British Columbia and shipped to Canada where customs clearance was refused unless duty was paid. The whiskey was intended for government liquor stores under provincial legislation by which the government would be sole vendors of the liquor for sale in the province. Section 125 was pressed in argument both in the Exchequer Court, in the Supreme Court of Canada and in the Privy Council, but in all courts the attempted reliance on s. 125 to defeat the claim for customs duties was rejected.

We readily agree that the situation in the *Johnny Walker* case may be distinguished from the present case by reason of a more express involvement of the federal trade and commerce power. There are, however, affinities which are reflected in reasons delivered in the Supreme Court of Canada. These affinities do not depend on differentiating exports and imports because, as to the latter, we take it that the result in the *Johnny Walker* case did not depend on where title to the whiskey passed; even if it passed in Scotland where the whiskey was purchased, the result would be the same. One of the points made by Anglin J., as he then was, at p. 388, was that "property" within s. 125 must mean property within Canada and does not include property about to be brought into the country. By parallel reasoning, it may be said that "property" in s. 125 does not include natural gas about to be exported from the country. Mignault J., at p. 394, makes much the same point

dès lors que le bien franchit une frontière internationale. L'exigence que la taxe soit payée par la personne, en l'espèce la Couronne du chef de la province, ne change rien à sa nature et, de par cette nature, elle échappe à l'art. 125.

Le principe fondamental se dégage de l'arrêt de cette Cour, *Johnny Walker* (1922), 64 R.C.S. 377 et de l'avis du Conseil privé portant sur la même affaire, publié à [1924] A.C. 222 et déjà cité. Dans cette affaire, il s'agissait d'un litige entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Colombie-Britannique concernant les droits de douane réclamés par le premier à l'égard de whisky acheté outre-mer par le gouvernement de la Colombie-Britannique et expédié au Canada, où on refusait de permettre le dédouanement avant le paiement des droits de douane. Le whisky était destiné aux magasins de spiritueux du gouvernement conformément à une loi provinciale aux termes de laquelle le gouvernement serait seul vendeur de spiritueux dans la province. Au cours des plaidoiries devant la Cour de l'Echiquier, la Cour suprême du Canada et le Conseil privé, on avait invoqué l'art. 125, mais toutes les cours ont rejeté cette tentative de s'appuyer sur cet article pour faire échec à la réclamation des droits de douane.

Nous reconnaissons volontiers que la situation dans l'affaire *Johnny Walker* peut se distinguer de celle en l'espèce par la mise en cause plus explicite du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce. Il y a cependant des affinités qui ressortent des motifs rendus en Cour suprême du Canada. Ces affinités ne reposent pas sur la différenciation des exportations et des importations parce que, quant à ces dernières, nous comprenons que l'issue de l'affaire *Johnny Walker* ne tenait pas au lieu du transfert de la propriété du whisky; même si le transfert avait eu lieu en Ecosse, le lieu d'achat, l'issue aurait été la même. Le juge Anglin, plus tard Juge en chef, fait remarquer notamment, à la p. 388, que le mot «propriété» au sens de l'art. 125 doit s'entendre des biens situés au Canada et ne comprend pas les biens sur le point d'être importés dans ce pays. Par un raisonnement parallèle, on peut dire que le mot «propriété» à l'art. 125 ne comprend pas le gaz naturel qui est

when he says that the customs duties are not a tax imposed upon property as such, but are levied on the importation of certain goods into Canada or as a condition of their importation. So, in the present case, the tax arises upon the export of the natural gas from Canada.

There are other passages in the reasons of members of the Court which emphasize the association of customs duties with the federal trade and commerce power. Thus, Duff J., as he then was, says, at p. 382, that "Since the imposition of customs duties (as being indirect taxation) is excluded from the provincial jurisdiction, the words ... [of s. 91(3)] suggest that such duties except where imposed primarily at all events for purposes of revenue are treated as falling within the 'ambit' of ... [s. 91(2)]". The Privy Council, too, in the short reasons of Lord Buckmaster, fastened primarily on the trade and commerce power as a support for federal legislation with paramountcy over s. 125.

The central question here is thus reduced to the degree of refinement addressed to the proposed legislation; in short, whether it makes practical sense so to divorce the export tax from the overall energy policy as reflected in the National Energy Program and in the *National Energy Board Act* as to conclude that two unrelated matters are involved, one being a pure revenue measure and, even more, being a taxation of provincial Crown property, albeit that property has entered into the stream of commerce under an export licence. The plain fact is that the matters are very much related, as both the order of reference and the proposed legislation indicate. They are parts in a mosaic, a combination of elements in an integrated program.

There are observations relevant to the issues herein in some decisions in Australia whose Constitution includes a clause similar to s. 125; and

sur le point d'être exporté du Canada. Le juge Mignault, à la p. 394, se prononce essentiellement dans le même sens quand il affirme que les droits de douane ne constituent pas une taxe sur les biens de douane ne constituent pas une taxe sur les biens comme tels mais qu'ils sont perçus à l'égard de l'importation de certaines marchandises au Canada ou comme condition de leur importation. Donc, en l'espèce, c'est l'exportation du gaz naturel du Canada qui entraîne l'imposition de la taxe.

D'autres passages des motifs rédigés par les membres de la Cour insistent sur le lien qui existe entre les droits de douane et le pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce. Ainsi, le juge Duff, plus tard Juge en chef, dit, à la p. 382, que [TRADUCTION] «Puisque l'imposition de droits de douane (en tant que taxe indirecte) ne relève pas de la compétence provinciale, la formulation ... [du par. 91(3)] porte à croire que ces droits, sauf lorsqu'ils sont imposés d'abord et avant tout pour produire un revenu, sont considérés comme «relevant» du ... [par. 91(2)]». De même, le Conseil privé, dans les brefs motifs de lord Buckmaster, a invoqué principalement le pouvoir en matière d'échanges et de commerce à l'appui d'une loi fédérale qui avait prépondérance sur l'art. 125.

La question principale en l'espèce se résume donc au degré de subtilité dont il faut faire preuve en considérant la loi proposée; en somme, il s'agit de savoir si, du point de vue pratique, il est raisonnable de dissocier la taxe sur l'exportation de la politique énergétique globale qui ressort du Programme énergétique national et de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, de manière à conclure qu'il s'agit de deux questions distinctes dont l'une est purement une mesure visant à produire un revenu et, qui plus est, constitue une taxe sur un bien de la Couronne du chef d'une province, quoique ce bien soit mis sur le marché en vertu d'une licence d'exportation. La réalité, comme l'indiquent tant l'ordonnance de renvoi que la loi proposée, est que ces deux questions sont intimement liées. Elles font partie d'une mosaïque, d'une combinaison d'éléments qui composent un programme complet.

Certains arrêts de l'Australie, pays dont la Constitution contient une disposition semblable à l'art. 125, renferment des observations pertinentes

there is one decision, *Attorney-General of New South Wales v. Collector of Customs for New South Wales* (1908), 5 C.L.R. 818, which deals with an issue similar to that in the *Johnny Walker* case, *supra*. Section 114 reads as follows:

114. A State shall not, without the consent of the Parliament of the Commonwealth, raise or maintain any naval or military force, or impose any tax on property of any kind belonging to the Commonwealth, nor shall the Commonwealth impose any tax on property of any kind belonging to a State.

The issue in the *New South Wales* case was whether the state was liable to pay federal customs duties on steel rails imported by it for use in the construction of government railways of the state. It was, of course, argued on behalf of the state that goods imported by the state were property of the state within the above-quoted s. 114 and hence immune from taxation. This contention was unanimously rejected. The principal ground of rejection was that the duties were imposed in respect of the importation of the steel rails, and not on state property as such, and thus were an exercise of the federal power of taxation under s. 51(11) and its power in respect of foreign trade and commerce under s. 51(1) of the Australian Constitution. Although Isaacs J., as he then was, took the view that the tax was imposed on the steel rails themselves, he nonetheless held that, having regard to the context in which s. 114 appeared in the Constitution, customs duties were not taxes within s. 114. By parity of reasoning it may be said that an export tax is outside of s. 125 in the present case.

We come back, however, to the principal point taken in this Australian case, and it is fully considered in the reasons of Griffith C.J., as follows (at pp. 831-32):

Again, the words "property belonging to the Commonwealth," "property belonging to a State," seem, *primâ facie*, to import property lying and being within the Commonwealth. Neither the Commonwealth nor a State can impose a tax upon property which is not

en l'espèce; et il en est un, savoir *Attorney-General of New South Wales v. Collector of Customs for New South Wales* (1908), 5 C.L.R. 818, qui porte sur une question analogue à celle soulevée dans l'affaire *Johnny Walker*, précitée. L'article 114 se lit comme suit:

[TRADUCTION] 114. Aucun Etat ne doit, sans le consentement du Parlement du Commonwealth, établir ou maintenir une force navale ou militaire, ni imposer une taxe sur les biens, quels qu'ils soient, appartenant au Commonwealth. De même, le Commonwealth ne doit imposer aucune taxe sur les biens, quels qu'ils soient, appartenant à un Etat.

La question en litige dans l'affaire *New South Wales* était de savoir si l'Etat devait payer des droits de douane fédéraux sur des rails d'acier qu'il avait importés pour les utiliser dans la construction de ses chemins de fer gouvernementaux. On a, bien entendu, fait valoir pour le compte de l'Etat que les marchandises importées par l'Etat étaient des biens de l'Etat au sens de l'art. 114 précité et qu'elles n'étaient donc pas sujettes à taxation. Cette prétention a été rejetée à l'unanimité pour le motif principal que les droits de douane s'appliquaient à l'importation des rails d'acier et non pas aux biens de l'Etat comme tels, et qu'il s'agissait donc d'un exercice par le gouvernement fédéral du pouvoir en matière de taxation qui lui est conféré par le par. 51(11) de la Constitution australienne et du pouvoir qu'il possède en matière d'échanges et de commerce extérieurs en vertu du par. 51(1). Bien que le juge Isaacs, tel était alors son titre, ait exprimé l'avis que la taxe frappait les rails d'acier eux-mêmes, il a néanmoins conclu que, vu le contexte constitutionnel de l'art. 114, les droits de douane n'étaient pas une taxe au sens de cet article. En appliquant ce même raisonnement, on peut dire qu'une taxe sur les exportations échappe à l'art. 125 en l'espèce.

Nous revenons toutefois à l'argument principal qui a été soumis dans cette affaire australienne. Le juge en chef Griffith examine cet argument en profondeur dans ses motifs (aux pp. 831 et 832):

[TRADUCTION] Je le répète, les mots «biens . . . appartenant au Commonwealth» et «biens . . . appartenant à un Etat» semblent, à première vue, signifier les biens situés dans les limites du Commonwealth. Ni le Commonwealth ni un Etat ne peut imposer une taxe sur des

within the geographical limits of its jurisdiction. Even if they can impose a tax upon a resident in respect of property situated elsewhere, such a tax is a personal tax, and cannot be properly regarded as a tax upon his property. It was contended, however, that duties of Customs are a tax upon property within the Commonwealth, since the goods must have been imported before the liability to duty can arise. But this, although true in one sense, is not true in any relevant sense. The payment of the Customs duty is an obligation or condition which must be fulfilled before the goods can lawfully form part of the stock or mass of goods in the country, although for convenience they are allowed to be retained in bond in a King's warehouse until payment. Adapting the words of Chief Justice *Taney*, cited in *Perkin's Case*, [163 U.S., 625, at p. 629] I say that a Customs law from this point of view is nothing more than an exercise of the power the Commonwealth possesses of regulating the manner and terms on which goods may be brought into the Commonwealth.

For these reasons I am of opinion that the levying of duties of Customs on importation is not the imposition of a tax upon property within the primary and literal meaning of sec. 114, standing alone. I am further of opinion that, even if it is an imposition of a tax on property within the primary and literal meaning of that section, yet that meaning is not the only or the necessary meaning, and that, for the reasons already given, it must be rejected as being inconsistent with other plain provisions of the Constitution. I think, therefore, that sec. 114 does not apply to duties of Customs.

The foregoing comments are relevant here. Although the Australian Constitution refers to "property of any kind" and not to "Lands or Property" as does the Canadian s. 125, it may appropriately be considered here even on the basis of its wide terms, having regard to the fact that the proposed taxing legislation in the present case does not apply to "lands" and thus can be looked at from the standpoint of its "property" provision alone. The *New South Wales* case would support the conclusion that s. 125 does not apply to a transaction tax nor to an export tax.

A number of other Australian decisions may be mentioned, all having to do with the attempted imposition of stamp duties on a Trust, constituted

biens qui ne se trouvent pas dans les limites géographiques de sa compétence. Même s'ils peuvent frapper un résident d'une taxe à l'égard de biens situés ailleurs, il s'agit là d'une taxe personnelle qu'on ne saurait vraiment considérer comme une taxe sur ses biens. On a cependant fait valoir que les droits de douane constituent une taxe sur des biens situés à l'intérieur du Commonwealth, puisqu'il faut que les marchandises aient été importées avant qu'il ne puisse y avoir obligation de payer ces droits. Cela, bien que vrai en un sens, n'est vrai à aucun point de vue pertinent. Le paiement des droits de douane est une obligation ou une condition qu'il faut remplir pour que les marchandises puissent légalement faire partie du stock ou de la masse des marchandises situés au pays, et ce, même si pour plus de commodité il est permis de les garder en dépôt dans un entrepôt du Roi en attendant le paiement. Adaptant à la présente espèce les propos du juge en chef *Taney* cités dans l'arrêt *Perkin's* [163 U.S. 625, à la p. 629], je dis que, de ce point de vue, une loi en matière douanière n'est rien de plus qu'un exercice par le Commonwealth de son pouvoir de réglementer le mode et les conditions d'importation de marchandises au Commonwealth.

Pour ces motifs, j'estime que la perception de droits de douane à l'égard des importations ne constitue pas une imposition de taxe sur les biens au sens premier et littéral de l'art. 114 pris isolément. J'estime en outre que même s'il s'agit d'une imposition de taxe sur les biens au sens premier et littéral de cet article, ce sens n'est pas le seul, ni celui qu'il faut nécessairement retenir, et que pour les motifs déjà exposés, il faut rejeter ce sens pour cause d'incompatibilité avec d'autres dispositions non équivoques de la Constitution. Je suis donc d'avis que l'art. 114 ne s'applique pas aux droits de douane.

Ces observations sont pertinentes en l'espèce. Bien que la Constitution australienne parle de «biens, quels qu'ils soient» et non pas de «terre ou propriété» comme le fait l'art. 125 au Canada, il convient néanmoins d'en faire une étude ici malgré sa formulation large, compte tenu du fait que la loi fiscale proposée en l'espèce ne s'applique pas à une «terre», ce qui permet donc de l'examiner sous le seul angle de sa disposition relative à la «propriété». L'arrêt *New South Wales* appuierait la conclusion que l'art. 125 ne s'applique ni à une taxe sur les opérations commerciales ni à une taxe sur les exportations.

On peut mentionner un certain nombre d'autres arrêts australiens portant tous sur des tentatives de frapper de droits de timbre une fiducie constituée



as a corporation under Commonwealth legislation and empowered to manage the Superannuation Fund created by the legislation for the benefit of public employees. These cases are *Superannuation Fund Investment Trust v. Commissioner of Stamps* (1978), 19 S.A.S.R. 481 and, on appeal, (1979), 26 ALR 99, and *Superannuation Fund Investment Trust v. Commissioner of Stamps* (SA), (1980), 31 ALR 327. The main issue in these cases was whether the Trust was, so to speak, the Crown in right of the Commonwealth and thus immune from taxation unless it had consented thereto pursuant to s. 114. The decisions turned on the Crown issue which was decided adversely to the Trust in respect of the transactions in issue. There were, however, some comments on s. 114 which may usefully be referred to.

In the first cited case, a judgment of the Supreme Court of South Australia (*in banco*), Jacobs J. had this to say (at p. 497) on the question whether the assessment of certain instruments for stamp duty offended s. 114:

An affirmative answer to this question involves the proposition that by assessing the instruments to duty, the State has, without the consent of the Parliament of the Commonwealth, imposed a tax on property belonging to the Commonwealth. It was but faintly argued that the assessment imposes a tax upon the subject properties, or more particularly, upon the Trust's equitable interest in those properties as purchaser. What is taxed is the instrument or instruments which evidence a transaction in those properties, not the properties themselves. In *D'Emden v. Pedder* [(1904) 1 C.L.R. 91] it was decided that a receipt evidencing a payment to the Commonwealth, which was required to be stamped under State law, "although undoubtedly the property of the Commonwealth for some purposes", is not "property" of the kind intended in s. 114, which "appears rather to refer to taxation imposed upon property *qua* property". Despite the subsequent fate of that case on other issues, the decision on that point does not seem to have been doubted, and it would seem to dispose of the alternative submission, that the instruments themselves are relevant property of the Commonwealth. But even if they are so regarded, they are not taxable when they come into the hands of the Trust.

comme société conformément à une loi du Commonwealth et habilitée à administrer la caisse de retraite créée par cette loi au profit des fonctionnaires. Il s'agit des arrêts *Superannuation Fund Investment Trust v. Commissioner of Stamps* (1978), 19 S.A.S.R. 481 et, en cour d'appel, (1979), 26 ALR 99, ainsi que *Superannuation Fund Investment Trust v. Commissioner of Stamps* (SA), (1980), 31 ALR 327. La question principale dans ces affaires était de savoir si la fiducie était, pour ainsi dire, la Couronne du chef du Commonwealth et, partant, exemptée de taxation à moins d'y avoir consenti conformément à l'art. 114. Les décisions portent sur la question de la Couronne et, pour ce qui est des opérations en cause, la fiducie a été déboutée. On a fait néanmoins des observations sur l'art. 114 auxquelles il peut être utile de se référer en l'espèce.

Dans le premier arrêt susmentionné, celui de la Cour suprême de l'Australie-Méridionale (*in banco*), le juge Jacobs a dit ce qui suit (à la p. 497) relativement à la question de savoir si l'assujettissement de certains instruments aux droits de timbre était contraire à l'art. 114:

[TRADUCTION] Répondre à cette question par l'affirmative revient à dire qu'en assujettissant les instruments aux droits, l'État a, sans le consentement du Parlement du Commonwealth, imposé une taxe sur des biens appartenant au Commonwealth. On a très peu insisté sur l'argument selon lequel l'assujettissement a pour effet d'imposer une taxe sur les biens en cause, ou plus particulièrement, sur les droits selon l'*equity* qu'a la fiducie sur ces biens en sa qualité d'acheteur. Ce sont plutôt les instruments qui font foi d'une opération ayant pour objet ces biens qui sont taxés et non pas les biens eux-mêmes. Dans la décision *D'Emden v. Pedder* [(1904) 1 C.L.R. 91] on a conclu qu'un reçu faisant foi d'un paiement au Commonwealth, qui devait être timbré conformément à la loi de l'État, «bien qu'il soit indubitablement le bien du Commonwealth à certaines fins», n'est pas un «bien» au sens de l'art. 114 qui «semble plutôt viser la taxation de biens comme tels». Malgré l'issue de cette affaire quant aux autres questions soulevées, la décision sur ce point ne semble pas avoir été mise en doute et elle paraît trancher la prétention subsidiaire, savoir que les instruments eux-mêmes sont des biens pertinents appartenant au Commonwealth. Mais même si on les considère comme tels, ils ne sont pas pour autant taxables lorsqu'ils tombent en la possession de la fiducie.

In the appeal to the High Court in this case, only Barwick C.J. (who dissented on the main issue, holding that the Trust was entitled to Crown immunity and, further, that Parliament had not subjected the Commonwealth Crown and its property to the challenged taxation) gave any consideration to s. 114. Speaking of the South Australian stamp duty, he said this (at p. 103):

Further, in form it is a tax upon the document by which the Commonwealth acquires the land to which the instrument relates. It falls upon the document when the document has itself become the property of the Commonwealth. Unless the document is stamped, ie the tax upon it paid, its function as a document is largely, if not indeed entirely, stultified (see s 27 of the Stamp Duties Act 1923 as amended (SA)). Thus, even in the most technical sense, the duty, in my opinion, is a tax upon the property of the Commonwealth. It falls squarely, in my opinion, within the operation of s 114, which is expressed in universal terms, "any tax on property of any kind".

There is nothing in this passage that in any way qualifies what was said by Griffith C.J. in the more relevant *New South Wales* case.

The quoted statement by Barwick C.J. was adopted by King C.J. of the Supreme Court of South Australia in the third of the decisions above-mentioned. He earlier rejected the contention that the stamp tax was a tax on a transaction and not on the instrument (a memorandum of transfer of land), holding that it was a tax on Commonwealth property. The Commonwealth had at that time withdrawn its consent to be taxed so that the naked question was whether the Trust was entitled to Crown immunity or was otherwise free of the stamp duty in respect of the matters in issue. Mitchell J. also referred to the comment by Barwick C.J. but in the context of determining whether the stamp duty was a tax upon property of the Trust. The third Judge in the case, Matheson J., accepted what Jacobs J. said and which we quoted from the first-mentioned of these cases, and he also quoted extensively from the *New South Wales* (steel rails) case, including what we reproduced from the reasons of Griffith C.J. He also brought

Lorsque cette affaire a été portée en appel devant la Haute Cour, seul le juge en chef Barwick (qui, dissident quant à la question principale, a statué que la fiducie avait droit à l'immunité dont jouit la Couronne et a conclu en outre que le Parlement n'avait assujetti ni la Couronne du chef du Commonwealth ni ses biens à la taxe contestée) s'est arrêté à l'art. 114. Au sujet des droits de timbre imposés par l'Australie-Méridionale, il dit ceci (à la p. 103):

[TRADUCTION] De plus, ils revêtent la forme d'une taxe sur le document par lequel le Commonwealth acquiert le bien-fonds sur lequel il porte. Cette taxe frappe le document lorsque celui-ci est lui-même devenu la propriété du Commonwealth. Si le document n'est pas timbré, c.-à-d. si la taxe qui s'y applique n'est pas payée, il devient en grande partie, sinon entièrement, nul (voir l'art. 27 de la *Stamp Duties Act 1923*, modifiée (A.-M.)). Donc, même au sens le plus technique, les droits de timbre constituent, selon moi, une taxe sur les biens du Commonwealth. A mon avis, ces droits relèvent nettement de l'art. 114 dont la formulation est générale: «une taxe sur les biens, quels qu'ils soient».

Rien dans ce passage ne restreint de quelque façon les propos qu'a tenus le juge en chef Griffith dans l'arrêt *New South Wales* qui nous intéresse davantage en l'espèce.

Le juge en chef King de la Cour suprême de l'Australie-Méridionale, dans la troisième des décisions susmentionnées, a fait sienne la déclaration précitée du juge en chef Barwick. Il avait auparavant rejeté l'argument selon lequel les droits de timbre étaient une taxe sur une opération et non sur l'instrument (une convention de transfert d'un bien-fonds), en statuant qu'il s'agissait en fait d'une taxe sur les biens du Commonwealth. Le Commonwealth avait, à cette époque, retiré son consentement à être taxé, de sorte que la question était simplement de savoir si la fiducie avait droit à l'immunité dont jouit la Couronne ou si elle était de quelque autre manière exemptée des droits de timbre à l'égard des documents en cause. Le juge Mitchell s'est également référé à l'observation du juge en chef Barwick, mais dans le but de déterminer si les droits de timbre constituaient une taxe sur les biens de la fiducie. Le troisième juge qui a siégé dans cette affaire, soit le juge Matheson, a adopté la déclaration qu'a faite le juge Jacobs dans

into account portions of the reasons of O'Connor J. and of Higgins J. in the *New South Wales* case. O'Connor J. said, at p. 844, that, taking the preferable narrower view of property and a tax on property in the light of the Constitution as a whole, it is "an exaction made in respect of the holding or ownership of property". Higgins J. expressed himself as follows, at p. 854:

A Customs tax is a tax, not on property as such, *but on persons in respect of the act of importation. There is a fundamental difference between taxing men for having property, and taxing men for moving property—and, in particular, for moving property into the country from overseas.* [The emphasis in this quotation is that of Matheson J.]

The Australian decisions provide support for sustaining the validity of the proposed federal legislation under our characterization of its thrust. It has always been necessary, in dealing with a question of constitutionality, to examine the challenged legislation as a whole, especially where, as here, it is part of a package, and to interpret it before considering its validity. This is still the proper course.

We have one other observation. The proposed federal legislation, as noted early in these reasons, is intended to be an addition to the federal *Excise Tax Act*. There is no doubt that the Act serves an important revenue purpose but it is equally true that it reflects economic objectives. This was noticed by the Quebec Court of Appeal in *Reader's Digest Association (Canada) Ltd. et al. v. Attorney-General of Canada* (1965), 59 D.L.R. (2d) 54, affirming (1962), 37 D.L.R. (2d) 239, which sustained a federal excise tax on the value of advertising material in special editions (as defined) of non-Canadian periodicals published in Canada. The tax was designed to aid Canadian periodicals or had that effect. Both Hyde J.A. and

le premier de ces arrêts et que nous avons déjà citée. Le juge Matheson a, lui aussi, cité largement l'arrêt *New South Wales* (celui où il est question de rails d'acier), y compris l'extrait tiré des motifs du juge en chef Griffith que nous avons cité. De plus, il a fait entrer en ligne de compte des extraits tirés des motifs rédigés par les juges O'Connor et Higgins dans l'affaire *New South Wales*. A la p. 844, le juge O'Connor, adoptant l'interprétation plus étroite et sans doute préférable des biens et d'une taxe sur les biens dans le contexte de l'ensemble de la Constitution, a affirmé qu'il s'agit d'une [TRADUCTION] «exaction portant sur la possession ou la propriété de biens». Le juge Higgins exprime l'avis suivant, à la p. 854:

[TRADUCTION] Les droits de douane sont une taxe qui frappe non pas les biens comme tels, *mais les personnes à l'égard de l'acte qui consiste à importer. Il y a une différence fondamentale entre l'assujettissement des hommes à une taxe parce qu'ils possèdent des biens et leur assujettissement à une taxe parce qu'ils déplacent des biens—et, en particulier, parce qu'ils font entrer au pays des biens en provenance d'outre-mer.* [Mots italiés par le juge Matheson.]

Vu notre caractérisation de la portée de la loi fédérale proposée, les arrêts australiens apportant un appui à sa validité. Il a toujours été nécessaire, en présence d'une question de constitutionnalité, d'examiner l'ensemble de la loi contestée, surtout si, comme c'est le cas en l'espèce, cette loi s'inscrit dans le cadre d'un programme, et de l'interpréter avant d'en examiner la validité. Cela demeure la procédure appropriée.

Nous avons une autre observation à faire. La loi fédérale proposée, comme nous l'avons déjà fait remarquer, est destinée à s'ajouter à la *Loi sur la taxe d'accise* fédérale. Il ne fait pas de doute que la Loi a une visée fiscale importante, mais il est tout aussi vrai qu'elle traduit des objectifs économiques. C'est ce qu'a constaté la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Reader's Digest Association (Canada) Ltd. et al. v. Attorney-General of Canada* (1965), 59 D.L.R. (2d) 54, confirmant (1962), 37 D.L.R. (2d) 239, décision qui a maintenu une taxe d'accise fédérale sur la valeur de la publicité paraissant dans des numéros spéciaux (selon la définition) de périodiques non canadiens publiés au Canada. La taxe était conçue pour aider

Rinfret J.A. expressed the view that (in the words of Hyde J.A., at p. 58), the *Excise Tax Act* "contains several Parts where the *Act* is used to raise revenue and protect Canadian trade and commerce". In our opinion, the legislation being questioned here is of that character. It has a constitutional base in both those heads of federal power.

What seem to dominate the views of the Alberta Court of Appeal and the views of the majority in the present appeal are a preference for protecting the property interests of the provincial Crown and a subordination of federal legislation because of the form in which that legislation is cast. We mentioned this at the outset of these reasons, and we return to it to say emphatically that it is not for the Court to attempt to soften the stated effect of federal legislation. There is nothing in the reasons of the majority that deny the power of Parliament to legislate and tax in relation to export, whether in respect of the provincial Crown or any other person. We witness here the odd result that those other than the Crown provincial are subjected to federal controls from which the Crown provincial is relieved, although the legislation purports to apply in both instances.

#### Reliance on the Federal General Power

There is another consideration which permeates the National Energy Program although, strictly speaking, it is unnecessary to invoke it in order to support the validity of Bill C-57, and especially the impugned portions of Part IV.1 to be added to the *Excise Tax Act*. We refer to a rather obvious interpenetration of the Program with social and economic conditions in all of Canada and thus as engaging the power of Parliament to legislate for the peace, order and good government of Canada. It may be that it would be sufficient in this context to embrace the trade and commerce power in that somewhat neglected dimension described in the *Parsons* case (1881), 7 App. Cas. 96, at p. 113, as "general regulation of trade affecting the whole dominion". The power to legislate for the peace,

les périodiques canadiens, du moins tel a été son effet. Le juge Hyde et le juge Rinfret ont tous deux exprimé l'avis que (pour reprendre les termes du juge Hyde, à la p. 58) la *Loi sur la taxe d'accise* [TRADUCTION] «comprend plusieurs parties où la *Loi* sert à produire des revenus et à protéger les échanges et le commerce canadiens». A notre avis, la loi contestée en l'espèce est de même nature. Du point de vue constitutionnel, elle se fonde sur ces deux pouvoirs fédéraux.

Le point de vue de la Cour d'appel de l'Alberta et celui de la majorité dans le présent pourvoi semblent se fonder sur une préférence pour la protection des droits de propriété de la Couronne du chef de la province et sur une subordination de la loi fédérale en raison de la forme sous laquelle elle se présente. Nous avons mentionné cela au début des présents motifs et nous y revenons pour insister sur le fait qu'il n'appartient pas à cette Cour de tenter d'adoucir ce qu'on dit être l'effet de la loi fédérale. Les motifs de la majorité ne nient aucunement le pouvoir du Parlement de légiférer et d'assujettir à une taxe sur les exportations la Couronne du chef d'une province ou toute autre personne. Nous constatons ici un résultat étrange, savoir que les personnes autres que la Couronne du chef de la province sont assujetties à la réglementation fédérale alors que la Couronne du chef de la province en est exemptée et que la loi est censée s'appliquer aux deux.

#### Le recours au pouvoir général du Parlement

Une autre considération ressort du Programme énergétique national même si, à vrai dire, il n'est pas nécessaire de l'invoquer pour soutenir la validité du projet de loi C-57, et plus particulièrement des dispositions contestées de la partie IV.1 qui doit s'ajouter à la *Loi sur la taxe d'accise*. Nous parlons d'une interpénétration assez évidente du Programme avec les conditions socio-économiques de tout le Canada, laquelle met ainsi en question le pouvoir du Parlement de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. Il se peut que, dans ce contexte, il suffise d'envisager le pouvoir en matière d'échanges et de commerce sous cet angle quelque peu négligé que l'arrêt *Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, à la p. 113, décrit comme [TRADUCTION] «la réglementation géné-

order and good government of Canada is to us a more apt repository of authority for proposed legislation of the scope and extent envisaged by the National Energy Program.

It is necessary to allay some fears about unwarranted federal intrusion into fields of exclusive provincial competence. In the first place, the federal legislation proposed for enactment is not of the character described in the *Snider* case, [*Toronto Electric Commissioners v. Snider*], [1925] A.C. 396, as being legislation which could have been enacted by any one province, save that its field of operation was made the whole of Canada. Certainly, attempted equalization of economic benefits throughout the country is a value that goes to the heart of a working federalism although we hasten to say that it is not for this or any Court to pronounce on the wisdom or likely success of the plan of equalization. Energy resources and energy supplies are matters which in their international, transnational and interprovincial impact concern all Canadians, both in their business and domestic activities, and place upon government responsibilities which only the national government can discharge with, it is to be hoped, fairness to all.

To the extent to which revenue-raising, by whatever means and by whatever invocation of associated legislative powers, can assist in distributing and equalizing economic burdens and benefits, it transcends intrusion into any particular trades in a province or into any control of a provincial resource when there is a careful limitation to taxation at the export level if a province should choose to enter that market.

The power to legislate for the peace, order and good government of Canada must be given no less a contemporary exposition than any other powers delineated in ss. 91 and 92 of the *British North America Act*. Sterilizing grants of constitutional power does a disservice to a living constitution.

rale des échanges s'appliquant à tout le Dominion». Nous estimons que le pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada constitue un fondement plus approprié pour un projet de loi ayant la portée envisagée par le Programme énergétique national.

Il est nécessaire d'apaiser certaines craintes au sujet de l'empiétement injustifié du gouvernement fédéral dans des domaines de compétence exclusivement provinciale. En premier lieu, le projet de loi fédéral qu'on se propose d'adopter est différent de ce que l'arrêt *Snider* [*Toronto Electric Commissioners v. Snider*], [1925] A.C. 396, décrit comme une loi qui aurait pu être adoptée par n'importe quelle province, sauf qu'elle s'applique à tout le Canada. Il va sans dire que la tentative de faire bénéficier également tout le pays des avantages économiques est une valeur essentielle d'un fédéralisme bien portant, même si nous nous empressons de dire qu'il n'appartient ni à cette Cour ni à aucune autre cour de se prononcer sur la sagesse ou sur les chances de succès du plan de péréquation. Les ressources énergétiques et l'approvisionnement en énergie sont des questions qui, en raison de leurs répercussions internationales, transnationales et interprovinciales, intéressent tous les Canadiens, à la fois sur le plan des affaires et sur celui du quotidien. Ces questions imposent également des responsabilités que seul le gouvernement fédéral peut assumer d'une manière, espérons-le, équitable pour tous.

Dans la mesure où la production d'un revenu, peu importe la forme qu'elle revêt et les pouvoirs législatifs connexes sur lesquels elle se fonde, peut aider à répartir également les charges et les avantages économiques, elle transcende l'empiétement sur une activité commerciale dans une province, ou sur tout contrôle d'une ressource provinciale, lorsqu'elle est bien limitée à la taxation au niveau de l'exportation si jamais une province décide de se lancer dans ce domaine.

Le pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada doit être interprété de manière tout aussi contemporaine que tout autre pouvoir décrit aux art. 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. La stérilisation de l'octroi d'un pouvoir constitutionnel nuit à une

Had this Court accepted sterility after the Privy Council pointed to an evolutionary path in *Edwards v. Attorney-General of Canada*, [1930] A.C. 124, it might have come to a different conclusion than that which it reached in the *Johannesson* case, [*Johannesson et al. v. Rural Municipality of West St. Paul et al.*], [1952] 1 S.C.R. 292. If a high point was reached in the *Hauser* case, [*The Queen v. Hauser*], [1979] 1 S.C.R. 984, it at least showed that the majority of this Court was bold enough to find support for a piece of federal legislation, the *Narcotic Control Act*, in the power to legislate for the peace, order and good government of Canada when other members of the Court would have been content to confine their assessment to the criminal law power and to the trade and commerce power.

Relaxation of some of the strictures thought to limit resort to the peace, order and good government power was seen in the *Anti-Inflation Act Reference*, [1976] 2 S.C.R. 373. That case laid to rest once and for all the idea that the general power could be invoked (apart from its purely residual scope) only in time of a war emergency. Economic stringency might also support reliance on the general power but it must be conceded that in the *Anti-Inflation Act Reference* the Court was concerned with temporary legislation directed to combatting a conjunction of high inflation and high unemployment. Nonetheless, the considerations actually present in that case and offered in support of the federal legislation cannot be taken to be in themselves limiting factors respecting resort to the general power of Parliament.

There has always been a two-stream line of authorities on the general powers stemming from the Privy Council's decisions in the *Russell* case [*Russell v. The Queen*] (1882), 7 App. Cas. 829, and in the *Local Prohibition* case, [*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion et al.*], [1896] A.C. 348. The attempt by Lord Haldane in the *Snider* case, *supra*, to explain the *Russell* case on an emergency footing

constitution vivante. Si cette Cour avait accepté la stérilité après que le Conseil privé eût tracé une voie évolutionniste dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General of Canada*, [1930] A.C. 124, elle aurait pu en arriver à une conclusion différente de celle tirée dans l'arrêt *Johannesson* [*Johannesson et autre c. Rural Municipality of West St. Paul et autres*], [1952] 1 R.C.S. 292. Si un point culminant a été atteint dans l'arrêt *Hauser* [*La Reine c. Hauser*], [1979] 1 R.C.S. 984, cela prouve au moins que cette Cour, à la majorité, était suffisamment confiante pour conclure qu'une loi fédérale, savoir la *Loi sur les stupéfiants*, pouvait se fonder sur le pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, alors que les autres membres de la Cour s'en seraient tenus au pouvoir en matière de droit criminel et à celui en matière d'échanges et de commerce.

Dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, on constate un assouplissement de certaines des restrictions que l'on croyait applicables au pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Cet arrêt a écarté définitivement l'idée que le pouvoir général (mis à part son aspect purement résiduaire) ne peut être invoqué que dans des situations d'urgence en temps de guerre. La détérioration des conditions économiques peut aussi justifier le recours au pouvoir général, mais on doit reconnaître que dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, la Cour n'était saisie que d'une loi temporaire visant à combattre les taux élevés d'inflation et de chômage. Néanmoins, les considérations vraiment en présence dans cette affaire et soumises à l'appui de la loi fédérale ne peuvent pas s'interpréter en soi comme des facteurs qui limitent le recours au pouvoir général du Parlement.

Il y a toujours eu deux courants de jurisprudence concernant les pouvoirs généraux, lesquels résultent des décisions rendues par le Conseil privé dans l'affaire *Russell* [*Russell v. The Queen*] (1882), 7 App. Cas. 829, et l'affaire des *prohibitions locales* [*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion et al.*], [1896] A.C. 348. La tentative de Lord Haldane, dans l'arrêt *Snider*, précité, d'expliquer l'arrêt *Russell*

of the need to save the nation from the disaster of convulsing alcoholism did no credit to the judicial process and, in our view, demeaned the Privy Council. We need only call in aid that body's corrective judgment in the *Canada Temperance Federation* case, [*Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*], [1946] A.C. 193.

### Conclusion

We would allow the appeal, set aside the decision of the Alberta Court of Appeal and issue a declaration that the proposed tax would be validly exacted in respect of the export of natural gas produced by the Crown in right of Alberta.

*Per* MARTLAND, RITCHIE, DICKSON, BEETZ, ESTEY AND CHOUINARD JJ.—This appeal relates to a levy which the Crown in right of Canada seeks to impose upon certain natural gas owned, produced, and to be exported, by the Crown in right of Alberta. The question is whether such natural gas is shielded from the levy by s. 125 of the *British North America Act, 1867*, which reads:

**125.** No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation.

The matter originated in a reference to the Court of Appeal for Alberta by the Lieutenant Governor in Council of that province pursuant to s. 3 of *The Constitutional Questions Act*, R.S.A. 1970, c. 63. The appendix accompanying the reference stated that the answers to the two questions raised should be based on the following:

1 . . .

- (a) the Province of Alberta was established pursuant to the Alberta Act (Canada);
- (b) all Crown lands, mines and minerals (precious and base) and royalties derived therefrom within the Province of Alberta belong to the Province of Alberta by virtue of

- (i) the Memorandum of Agreement made the 14th day of December 1929, between the Government of the Dominion of Canada and the Government of the Province of Alberta, as amended;

- (ii) the Alberta Natural Resources Act (Alberta);

par l'urgence de sauver la nation du désastre que représente l'alcoolisme n'a pas fait honneur au processus judiciaire et, à notre avis, a dévalorisé le Conseil privé. Il nous suffit d'invoquer le jugement correctif rendu par cet organisme dans l'affaire *Canada Temperance Federation* [*Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*], [1946] A.C. 193.

### b Conclusion

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et de déclarer que la taxe proposée peut légitimement être imposée à l'égard de l'exportation de gaz naturel produit par la Couronne du chef de l'Alberta.

*Les Juges* MARTLAND, RITCHIE, DICKSON, BEETZ, ESTEY ET CHOUINARD—Ce pourvoi concerne une taxe que la Couronne du chef du Canada veut imposer sur du gaz naturel appartenant à la Couronne du chef de l'Alberta, que celle-ci produit et destine à l'exportation. La question est de savoir si l'art. 125 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* protège ce gaz naturel contre la taxe en cause. Cet article se lit comme suit:

**125.** Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à quelque province ne sera sujette à taxation.

Le pourvoi tire son origine d'un renvoi adressé à la Cour d'appel de l'Alberta par le lieutenant-gouverneur en conseil de cette province, conformément à l'art. 3 de *The Constitutional Questions Act*, R.S.A. 1970, chap. 63. L'appendice joint au renvoi déclare que les réponses aux deux questions soulevées doivent se fonder sur les faits suivants:

[TRADUCTION] 1 . . .

- a) la province de l'Alberta a été créée en vertu de l'Acte de l'Alberta (Canada);
- b) toutes les terres, toutes les mines, tous les minéraux (précieux et vils) et toutes les redevances en découlant à l'intérieur de la province de l'Alberta appartiennent à celle-ci aux termes

- (i) de la Convention conclue le 14 décembre 1929 entre le gouvernement du Dominion du Canada et le gouvernement de la province de l'Alberta, et ses modifications;

- (ii) de The Alberta Natural Resources Act (Alberta);

- (iii) the Alberta Natural Resources Act (Canada);
- (iv) the British North America Act, 1930;
- (v) legislation enacted by the Legislature of the Province of Alberta and the Parliament of Canada approving and confirming amendments to the Agreement referred to in subclause (i);
- (c) natural gas is a mineral;
- (d) part of the minerals that belong to the Province of Alberta under the agreements and legislation referred to in clause (b) consists of minerals below the surface of the land legally described as follows:
- Section 18 in Township 3, Range 10, West of the 4th Meridian in the Province of Alberta;
- (e) during the month of September, 1980, the Province of Alberta caused a well to be drilled on the land referred to in clause (d) that resulted in the production of natural gas in commercial quantities (in this Appendix referred to as the "said natural gas"), and the said natural gas belongs solely to the Province of Alberta;
- (f) The Province of Alberta has entered into agreements with commercial corporations to have the said natural gas gathered, compressed and processed (such processing does not cause a change in the nature and quality of the said natural gas, but involves only the removal of certain impurities) and then to have it transported by a natural gas pipeline for export sale by the Province of Alberta to a purchaser in the United States of America that is a corporation carrying on business only in the United States of America and not in Canada;
- (g) the said natural gas pipeline
- (i) is wholly situated within the Province of Alberta and extends from a commencement point in the South-Eastern part of the Province of Alberta for approximately 20 miles to the international border between Canada and the United States of America where the border of the Province of Alberta meets the border of the State of Montana, and,
- (ii) does not connect with any other pipeline within the Province of Alberta;
- (h) the Province of Alberta maintains sole ownership of the said natural gas until it is delivered to the purchaser on the State of Montana side of the border between the State of Montana and the Province of Alberta;
- (iii) de la Loi des ressources naturelles de l'Alberta (Canada);
- (iv) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930;
- (v) des textes législatifs qui ont été adoptés par la législature de la province de l'Alberta ainsi que par le Parlement du Canada et qui approuvent et confirment les modifications apportées à la Convention mentionnée au sous-alinéa (i);
- c) le gaz naturel est un minéral;
- d) une partie des minéraux appartenant à la province de l'Alberta suivant les conventions et les textes législatifs mentionnés à l'alinéa b) se compose de minéraux situés sous la surface de la terre dont la description est la suivante:
- La section 18, canton 3, rang 10, à l'ouest du 4<sup>e</sup> méridien dans la province de l'Alberta;
- e) au cours du mois de septembre 1980, la province de l'Alberta a fait forer un puits sur la terre mentionnée à l'alinéa d), ce qui a entraîné la production de gaz naturel en quantité commerciale (appelé dans le présent appendice «ledit gaz naturel»), et ledit gaz naturel appartient exclusivement à la province de l'Alberta;
- f) la province de l'Alberta a conclu avec des sociétés commerciales des ententes pour l'extraction, la compression et le traitement dudit gaz naturel (ce traitement ne modifie ni la nature ni la qualité dudit gaz naturel, et ne sert qu'à enlever certaines impuretés) et pour son transport par pipeline en vue de sa vente par la province de l'Alberta à un acheteur aux Etats-Unis d'Amérique, lequel est une société faisant affaires uniquement aux Etats-Unis et non au Canada;
- g) ledit pipeline
- (i) se trouve entièrement dans les limites de la province de l'Alberta et s'étend, à partir d'un point situé dans la partie sud-est de la province, sur une distance approximative de 20 milles jusqu'à la frontière internationale entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique, c'est-à-dire jusqu'à la frontière entre la province de l'Alberta et l'Etat du Montana, et
- (ii) ne se raccorde à aucun autre pipeline situé dans la province de l'Alberta;
- h) la province de l'Alberta demeure l'unique propriétaire dudit gaz naturel jusqu'à ce qu'il soit livré à l'acheteur sur le territoire de l'Etat du Montana, à la frontière qui sépare l'Etat du Montana et la province de l'Alberta;



(i) the revenue from the sale of the said natural gas will be paid into the General Revenue Fund of the Province of Alberta to be appropriated to the public service of the Province;

(j) the Minister of Finance for Canada has tabled in the House of Commons a Notice of Ways and Means Motion to amend the Excise Tax Act (2) (Sessional Paper No. 321-1/310E) attached as Schedule A (in this Appendix referred to as the "Ways and Means Motion") respecting a measure to establish a natural gas and gas liquids tax to be imposed, levied and collected, inter alia, on natural gas exported from Canada for use outside Canada (in this Appendix referred to as the "tax on exported natural gas").

It was also provided in the reference that the answers to the questions raised should be based on the following facts to be assumed for the purpose of the reference:

(a) the Parliament of Canada has enacted legislation in the terms of the Ways and Means Motion (in this Appendix referred to as the "said legislation");

(b) the Province of Alberta has complied with all the laws in force in the Province of Alberta relating to the sale, export and delivery of the said natural gas;

(c) the said natural gas is marketable pipeline gas as defined in the Ways and Means Motion, in respect of which no tax has been paid under the said legislation, and is exported from Canada for use outside Canada pursuant to a licence issued by the National Energy Board under Part VI of the National Energy Board Act, or pursuant to any other authority under that Act.

The Court of Appeal of Alberta (McGillivray C.J.A., Lieberman, Laycraft, Kerans and Stevenson J.J.A.) issued a joint opinion of the Court. That judgment is now reported at [1981] 3 W.W.R. 408. The Court held that the proposed levy was indeed a tax, imposed solely for revenue purposes. The tax, said the Court, was not intended to act as a regulatory mechanism of an industry operating throughout Canada, but was to attain, in the eyes of the federal government, a more equitable sharing of gas revenues. After reference to portions of

i) le revenu provenant de la vente dudit gaz naturel sera versé au trésor de la province de l'Alberta pour être affecté aux services publics de la province;

j) le ministre des Finances du Canada a déposé à la Chambre des communes un avis de motion des voies et moyens visant à modifier la Loi sur la taxe d'accise (2) (document parlementaire n° 321-1/310E). L'avis de motion (appelé dans le présent appendice la «motion des voies et moyens») est joint comme annexe A et porte sur une mesure destinée à établir une taxe sur le gaz naturel et les liquides extraits du gaz naturel, cette taxe (appelée dans le présent appendice la «taxe sur le gaz naturel exporté») devant être imposée, levée et perçue notamment sur le gaz naturel exporté du Canada en vue de son utilisation à l'extérieur du Canada.

Il était également prévu que les réponses aux questions soulevées devraient se fonder sur les faits suivants qui sont présumés exacts aux fins du renvoi:

a) le Parlement du Canada a adopté une loi (appelée dans le présent appendice «ladite loi») qui reprend les termes de la motion des voies et moyens;

b) la province de l'Alberta s'est conformée à toutes les lois qui sont en vigueur dans cette province et qui se rapportent à la vente, à l'exportation et à la livraison dudit gaz naturel;

c) ledit gaz naturel est du gaz commercialisable acheminé par pipeline suivant la définition de cette expression dans la motion des voies et moyens, sur lequel aucune taxe n'a été payée en application de ladite loi et qui est exporté du Canada en vue de son utilisation à l'extérieur du Canada, soit en vertu d'une licence délivrée par l'Office national de l'énergie conformément à la partie VI de la Loi sur l'Office national de l'énergie, soit en vertu de tout autre pouvoir conféré par cette loi.

La Cour d'appel de l'Alberta (le juge en chef McGillivray et les juges Lieberman, Laycraft, Kerans et Stevenson) a exprimé un avis collectif. Cet arrêt est maintenant publié à [1981] 3 W.W.R. 408. La Cour a conclu qu'il s'agit bien d'une taxe et qu'elle a été imposée à la seule fin de produire un revenu. La taxe, selon la Cour, vise non pas à servir de mécanisme de réglementation d'une industrie d'envergure nationale, mais plutôt, du point de vue du gouvernement fédéral, à réaliser un partage plus équitable des revenus prove-

*The National Energy Program 1980*, the stated goals of the tax and its apparent impact, the Court held the tax to be supported only by s. 91(3) of the *British North America Act, 1867*, 30-31 Vict., c. 3, "The raising of Money by any Mode or System of Taxation". As such, the tax was liable to offend s. 125 of the *B.N.A. Act, supra*, if indeed it was taxation of "Lands or Property belonging to" the Province of Alberta. The Court then determined that the "real bite" of the tax was upon provincial property, or the province in respect of its property, and hence offended s. 125. The Court rejected the contention that the tax was upon a transaction, the movement of property, and not the property itself. The "deemed distribution" system of the proposed tax was artificial, and could not disguise the "real bite" of the levy.

It was argued before the Court of Appeal that the application of "industry" by a province to its resources, its assimilation to a commercial entrepreneur, deprived the province of the protection of s. 125. Without ruling on the issue, the Court contented itself with holding that in any case the activity here was no more than primary production, the simple capture and sale of a resource.

The Court concluded that the tax did not apply to the gas in question; and to the extent it purported to, was *ultra vires* the Parliament of Canada.

The Attorney General of Canada has now appealed to this Court pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19 as amended. The Attorneys General of Quebec, Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Newfoundland, and the Independent Petroleum Association were permitted to intervene and file factums in support of the Attorney General of Alberta.

Two constitutional questions were stated by the Chief Justice, corresponding to the two questions

nant du gaz naturel. Après avoir mentionné certaines parties du document intitulé *Le Programme énergétique national 1980*, ce qu'on dit être les objets de la taxe et l'effet apparent de cette taxe, la Cour a conclu que la taxe ne peut s'appuyer que sur le par 91(3) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 30-31 Vict., chap. 3, qui vise «Le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation». A ce titre, si elle frappe effectivement une «terre ou propriété appartenant à la province de l'Alberta, la taxe risque de déroger à l'art. 125 de l'*A.A.N.B.*, précité. La Cour a alors décidé que la taxe a pour [TRADUCTION] «objet réel» les biens de la province, ou la province à l'égard de ses biens, et est donc contraire à l'art. 125. La Cour a rejeté l'argument selon lequel la taxe vise une opération, savoir le transport d'un bien, et non le bien lui-même. La présomption relative à la distribution sur laquelle est fondée la taxe proposée est artificielle et ne peut camoufler l'«objet réel» de la taxe.

On a fait valoir en Cour d'appel que si une province se livre elle-même à des activités industrielles relativement à ses ressources, s'assimilant ainsi à un entrepreneur commercial, elle ne jouit plus de la protection fournie par l'art. 125. Sans trancher la question, la Cour s'est contentée de conclure qu'en tout état de cause l'activité dont il s'agit en l'espèce n'est rien de plus que de la production primaire, savoir la simple extraction et vente d'une ressource.

La Cour a conclu que la taxe ne s'applique pas au gaz en question et que, dans la mesure où elle a pour effet de s'y appliquer, elle est *ultra vires* du Parlement du Canada.

Le procureur général du Canada s'est pourvu devant cette Cour conformément à l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, modifiée. Les procureurs généraux du Québec, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve ainsi que l'Independent Petroleum Association ont reçu l'autorisation d'intervenir et de produire des mémoires à l'appui de la position du procureur général de l'Alberta.

Le Juge en chef a formulé deux questions constitutionnelles correspondant aux deux questions

put by the Lieutenant Governor in Council of Alberta. They are:

1. If the tax on exported natural gas contemplated by a Notice of Ways and Means Motion and to be imposed under the proposed enactment entitled "Natural Gas and Gas Liquids Tax" is *intra vires* the Parliament of Canada, is the said natural gas that is exported from Canada for use outside Canada liable to taxation under the tax on exported natural gas having regard to the *British North America Acts*, 1867 to 1975, and in particular section 117, 125 or 126 of those Acts or any combination of those sections?
2. Is the tax on exported natural gas imposed under the proposed legislation, with respect to the said natural gas that is exported from Canada for use outside Canada, *ultra vires* the Parliament of Canada either in whole or in part, and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

Although two questions are asked, only the one issue is raised: Does s. 125 protect the particular natural gas from the intended levy of the Parliament of Canada. Expressed in another way, is it within the legislative authority of the Parliament of Canada to impose a tax in respect of natural gas which, at all material times prior to its export, belongs to the Crown in right of Alberta?

Various government documents were filed both in this Court and in the Court of Appeal to aid in the constitutional characterization. This Court has recently commented on the admissibility and use of such extrinsic materials in constitutional cases: see *Re Residential Tenancies Act, 1979* (now reported at [1981] 1 S.C.R. 714). In the present case, the budget documents announcing the proposed tax, and *The National Energy Program 1980* of which the tax is purportedly an element, are the sort of material admissible "to show the factual context and purpose of the legislation" (*ibid.*, per Dickson J. at p. 721.)

The material filed includes: Budget in Brief, October 28, 1980; Budget Papers, October 28, 1980; The Budget, October 28, 1980; The Medium-Term Prospects for the Canadian Economy 1980-1985, October 1980; The National Energy Program 1980; Bill C-57—"An Act to

posées par le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta. Voici ces questions:

1. Si la taxe sur le gaz naturel exporté prévue par un avis de motion de voies et moyens et qui doit être imposée aux termes d'un texte de loi proposé sous le nom de «Taxe sur le gaz naturel et les liquides extraits du gaz naturel» est *intra vires* du Parlement du Canada, le gaz naturel exporté du Canada pour être utilisé à l'extérieur du Canada est-il assujéti à la taxe sur le gaz naturel exporté compte tenu des *Actes de l'Amérique du Nord britannique*, 1867 à 1975 et, en particulier, de l'article 117, 125 ou 126 ou de toutes combinaisons de ces articles?
2. La taxe sur le gaz naturel exporté imposée en vertu de la loi proposée sur ledit gaz naturel qui est exporté du Canada pour être utilisé à l'extérieur du Canada, est-elle en totalité ou en partie *ultra vires* du Parlement du Canada et, dans l'affirmative, à quel égard et dans quelle mesure?

Deux questions sont posées, mais elles peuvent se réduire à une seule: l'art. 125 protège-t-il le gaz naturel en question contre la taxe que le Parlement du Canada se propose d'imposer? Autrement dit, le Parlement du Canada détient-il le pouvoir législatif d'imposer une taxe sur du gaz naturel qui, en tout temps pertinent avant son exportation, appartient à la Couronne du chef de l'Alberta?

Divers documents gouvernementaux ont été déposés tant en cette Cour qu'en Cour d'appel pour aider à juger de la constitutionnalité de la taxe. Récemment, cette Cour a fait des observations sur la recevabilité et l'utilisation de tels documents extrinsèques dans les affaires constitutionnelles: voir *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle* (maintenant publié à [1981] 1 R.C.S. 714). En l'espèce, les documents budgétaires qui annoncent la taxe proposée ainsi que le document intitulé *Le Programme énergétique national 1980* dans le cadre duquel la taxe est censée s'inscrire, sont des types de documents recevables «pour montrer le contexte factuel et le but que vise la loi» (*ibid.*, le juge Dickson, à la p. 721).

Parmi les documents produits figurent: Budget en bref, le 28 octobre 1980; Documents budgétaires, le 28 octobre 1980; Le budget, le 28 octobre 1980; Les perspectives à moyen terme de l'économie canadienne 1980-1985, octobre 1980; Le Programme énergétique national 1980; le projet de loi

amend the Excise Tax Act and the Excise Act and to provide for a revenue tax in respect of petroleum and gas"; National Energy Board Annual Report 1979; and Energy Issues for the People of Alberta.

To the extent possible, we propose to deal chronologically with the matters which bear upon this dispute, under the following headings:

- I Part VIII of the *British North America Act, 1867*
- II *The Alberta Act, 1905*, 1905 (Can.), c. 3
- III *The British North America Act, 1930*, 20-21 Geo. V, c. 26 (U.K.) and the Natural Resources Transfer Agreement
- IV *The National Energy Program 1980*
- V *Budget Papers, Notices of Ways and Means Motions and supplementary information on the Budget, October 28, 1980*
- VI Bill C-57—"An Act to amend the Excise Tax Act and the Excise Act and to provide for a revenue tax in respect of petroleum and gas"
- VII Section 125 of the *British North America Act, 1867*
- VIII Characterizing the proposed legislation

## I

Part VIII of the *British North America Act, 1867*

## A

In 1867, the original four provinces at the union (Ontario, Quebec, Nova Scotia and New Brunswick) retained ownership of the resources within their respective provincial boundaries. In simplest terms, s. 109 of the *B.N.A. Act* provided that "All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces . . . at the Union . . . shall belong to the several Provinces . . . in which the same are situate. . . ." Section 117 went on to provide that the several provinces should retain all their respective public property not otherwise disposed of in the Act "subject to the Right of Canada to assume any Lands or Public Property required for Fortifications or for the Defence of the Country".

C-57—"Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur l'accise et prévoyant un impôt sur les revenus pétroliers»; le rapport annuel de l'Office national de l'énergie, 1979, et Energy Issues for the People of Alberta.

Nous entendons, dans la mesure du possible, étudier les questions qui se rapportent au présent litige par ordre chronologique sous les rubriques suivantes:

- I La partie VIII de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867
- II L'Acte de l'Alberta, 1905, 1905 (Can.), chap. 3
- III L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, 20-21 Geo. V, chap. 26 (R.-U.) et la Convention sur les ressources naturelles
- IV Le Programme énergétique national 1980
- V Documents budgétaires—Avis de motions des voies et moyens et renseignements supplémentaires sur le budget, le 28 octobre 1980
- VI Le projet de loi C-57—"Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur l'accise et prévoyant un impôt sur les revenus pétroliers"
- VII L'article 125 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867
- VIII La caractérisation de la loi proposée

## I

La partie VIII de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867

## A

En 1867, les quatre provinces originaires lors de l'union (l'Ontario, le Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) ont conservé la propriété des ressources situées à l'intérieur de leurs frontières respectives. Dans les termes les plus simples, l'art. 109 de l'*A.A.N.B.* prévoit que «Les terres, mines, minéraux et redevances appartenant aux différentes provinces . . . lors de l'Union . . . appartiendront aux différentes provinces . . . dans lesquelles ils sont sis et situés . . . » L'article 117 ajoute que les diverses provinces conservent respectivement toutes leurs propriétés publiques dont il n'est pas autrement disposé dans l'Acte, «sous réserve du droit, pour le Canada, de prendre les terres ou les propriétés publiques dont il aura besoin pour les fortifications ou la défense du pays».

Section 125, *supra*, protected the lands and property of one level of government from incursion by way of taxation by the other level of government. This might seem, without more, to settle the present controversy in favour of the Province of Alberta but, as we shall see, the matter is not that plain. Section 125 must be read within the context of the entire *B.N.A. Act* and, in particular s. 91 of the Act.

At Confederation each of the original confederating colonies received the entire beneficial interest of the Crown in Crown lands situate within its boundaries, with the limited exception of certain public works acquired by the Dominion under s. 108 or assumed for fortifications or defence under s. 117. See *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), *per* Lord Watson at p. 57.

The right of exploitation by the provinces of provincially owned natural resources flows logically from that ownership and is discussed in Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (1977), at p. 393:

Because each provincial government may own much of the natural resources of its province, and because it has the constitutional power to purchase or expropriate resources in private hands, each province can control the exploitation of its natural resources by means of permits, licences and leases, and can profit from that exploitation through licence fees, rents, royalties or sales.

B

It was suggested from the bench during argument that the federal power of expropriation of provincial lands limited the beneficial ownership of the provinces. The case of *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Company et al.*, [1926] A.C. 715 (P.C.), was mentioned. Counsel for the intervening Province of British Columbia, however, sought to turn the analogy to the intergovernmental expropriation powers to advantage in his analysis of the relationship be-

L'article 125, précité, protège les terres et les biens appartenant à un palier de gouvernement contre tout empiétement sous forme de taxation par l'autre palier de gouvernement. Cela pourrait sembler en soi trancher le présent litige en faveur de la province de l'Alberta, mais, comme nous le verrons, la question n'est pas aussi simple. Il faut lire l'art. 125 en fonction de l'ensemble de l'*A.A.N.B.* et, en particulier, de l'art. 91 de l'Acte.

A l'époque de la Confédération, chacune des provinces constituant originellement la Confédération a reçu la totalité des droits de propriété de la Couronne sur les terres de la Couronne situées à l'intérieur de ses frontières, à la seule exception de certains ouvrages publics acquis par le Dominion en vertu de l'art. 108 ou pris pour les fortifications ou la défense en vertu de l'art. 117. Voir *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), *per* Lord Watson, à la p. 57.

Le droit des provinces d'exploiter les ressources naturelles leur appartenant découle logiquement de leur droit de propriété sur ces ressources. Ce sujet est traité dans Hogg, *Constitutional Law of Canada*, (1977), à la p. 393:

[TRADUCTION] Puisque chaque gouvernement provincial peut être propriétaire d'une bonne partie des ressources naturelles situées dans les limites de la province, et puisque la Constitution habilite les gouvernements provinciaux à acheter ou à exproprier les ressources appartenant au secteur privé, chaque province peut contrôler l'exploitation de ses ressources naturelles au moyen de permis, de licences et de baux et peut profiter de cette exploitation en percevant des droits de licence, des loyers ou des redevances ou en vendant ces ressources.

h

B

Au cours des débats, la Cour a laissé entendre que le pouvoir fédéral d'exproprier les terres provinciales restreint le droit de propriété des provinces. On a mentionné à cet égard l'arrêt *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Company et al.*, [1926] A.C. 715 (C.P.). L'avocat de la province de la Colombie-Britannique intervenante a cependant essayé, dans son analyse des rapports entre les paliers de gouvernement dans le contexte de l'art. 125, de tirer profit de l'analogie

tween the levels of government *vis-à-vis* s. 125. He emphasized the limited expropriation powers of the federal authority in respect of provincial lands. In the *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Company* the Privy Council found the authority in the Parliament of Canada to authorize the expropriation by the Parliament of Canada of provincial lands. Section 189 of *The Railway Act, 1919*, 1919 (Can.), c. 68, which empowered any railway company, with the consent of the Governor General to take Crown lands for the use of the railway was found to apply to provincial Crown lands. Although s. 189(4) contemplated that compensation for Crown lands taken would be paid to the Governor in Council, there was no reason why he should not direct that any compensation received in respect of Crown lands of a province be handed over to the government of that province.

Viscount Cave, Lord Chancellor, stated at p. 723:

... while the proprietary right of each Province in its own Crown lands is beyond dispute, that right is subject to be affected by legislation passed by the Parliament of Canada within the limits of the authority conferred on that Parliament.

No difficulty has ever arisen in the constitutional cases with respect to the absolute right in appropriate circumstances of the federal government to take over the lands of a province where such is a necessity in order properly to discharge the constitutional responsibilities of Parliament. A more difficult question arises where it is not a direct consequence of the discharge of the federal regulatory power that the proprietary interests of the province must suffer. In that regard Viscount Cave added, at pp. 723-24:

Reference was made to certain passages in judgments pronounced on behalf of the Board in earlier cases, in which emphasis was laid on the view that the regulative powers conferred upon the Dominion Parliament by s. 91 of the British North America Act did not authorize that Parliament to transfer to itself or others the proprietary rights of a Province. But those expressions must, of course, be taken subject to the observation of Lord Herschell in the first *Fisheries* case, *Attorney-*

avec les pouvoirs d'expropriation intergouvernementale. Il a souligné le caractère limité des pouvoirs d'expropriation fédéraux en ce qui concerne les terres provinciales. Dans l'arrêt *Attorney-General for Quebec v. Nipissing Central Railway Company*, le Conseil privé a statué que le Parlement du Canada a le pouvoir d'exproprier les terres provinciales. On a en outre jugé applicable aux terres de la Couronne appartenant aux provinces l'art. 189 de la *Loi des chemins de fer, 1919*, 1919 (Can.), chap. 68, qui habilitait toute compagnie de chemin de fer, avec le consentement du gouverneur général, à prendre des terres de la Couronne aux fins du chemin de fer. Même si le par. 189(4) envisageait le paiement au gouverneur en conseil d'une indemnité pour les terres de la Couronne ainsi prises, rien ne l'empêchait d'ordonner que toute indemnité reçue à l'égard des terres de la Couronne appartenant à une province soit versée au gouvernement de cette province.

Le vicomte Cave, lord chancelier, dit à la p. 723:

[TRADUCTION] ... même si le droit de propriété de chaque province sur ses propres terres de la Couronne demeure incontestable, une loi du Parlement du Canada qui respecte les limites des pouvoirs qui lui sont conférés peut restreindre ce droit.

Dans les causes constitutionnelles, aucun problème ne s'est jamais posé quant au droit absolu du gouvernement fédéral, dans des circonstances appropriées, de prendre possession des terres d'une province, lorsque cela est nécessaire afin que le Parlement puisse bien s'acquitter de ses responsabilités constitutionnelles. Une question plus délicate se pose cependant lorsque l'atteinte aux droits de propriété de la province ne résulte pas directement de l'exercice du pouvoir de réglementation fédéral. Le vicomte Cave ajoute à ce propos, aux pp. 723 et 724:

[TRADUCTION] On a mentionné certains passages d'arrêts antérieurs prononcés pour le comte du Comité judiciaire dans lesquels l'accent est mis sur le point de vue selon lequel les pouvoirs de réglementation conférés au Parlement du Dominion par l'art. 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'autorisent pas ce dernier à transférer à lui-même ou à quelqu'un d'autre les droits de propriété d'une province. Mais il faut évidemment lire ces passages en tenant compte de l'ob-

*General for Canada v. Attorneys-General for Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [[1898] A.C. 700, at p. 712], that the power to legislate in respect of any matter must necessarily to a certain extent enable the Legislature so empowered to affect proprietary rights; and it may be added that where (as in this case) the legislative power cannot be effectually exercised without affecting the proprietary rights both of individuals in a Province and of the Provincial Government, the power so to affect those rights is necessarily involved in the legislative power.

Three years later other aspects of the same problem arose in a constitutional reference by the Governor in Council to this Court: *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200 ("the *Water-Powers* case"). Duff J., as he then was, approached the relationship between valid federal action on the one hand and provincial proprietary interests on the other from several directions. He pointed out at p. 212:

In the first *Fisheries case*, [[1898] A.C. 700], their Lordships had to pass upon the validity of an enactment of the Parliament of Canada (R.S.C., c. 95, s. 4) empowering the Governor in Council to grant fishery leases. Their Lordships decided that "in so far as" it empowered

the grant of fishery leases conferring an exclusive right to fish in property belonging not to the Dominion but to the provinces, it was not within the jurisdiction of the Dominion Parliament to pass it.

The legislative authority in respect to "Fisheries", conferred upon the Dominion Parliament by section 91, does not, it was held, involve the power to deal with the property of a province as if the administration of that property had been entrusted by the B.N.A. Act, to the control of the Dominion Parliament; for, as Lord Herschell, who delivered the judgment of the Board, said, such a ruling would enable the Dominion to

transfer to itself property which had by the B.N.A. Act been left to the provinces and not vested in it. (p. 713).

The full definition of expropriation or appropriation powers is beyond the scope of these reasons. One has to bear in mind, however, in dealing with the arrogation of property rights by federal authority in the exercise of some other right, that, whatever the terminology may be, it is only such

conservation de lord Herschell dans le premier arrêt sur les pêcheries, *Attorney-General for Canada v. Attorneys-General for Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [[1898] A.C. 700, à la p. 712], selon laquelle le pouvoir de légiférer dans tel ou tel domaine doit nécessairement permettre, dans une certaine mesure, à la législature jouissant de ce pouvoir de toucher aux droits de propriété; et on peut ajouter que lorsque (comme c'est le cas en l'espèce) le pouvoir législatif ne peut être efficacement exercé sans toucher à la fois aux droits de propriété de particuliers dans une province et à ceux du gouvernement provincial, le pouvoir législatif comporte nécessairement le pouvoir de toucher ainsi à ces droits.

Trois ans plus tard, d'autres aspects du même problème ont été soulevés dans un renvoi constitutionnel adressé à cette Cour par le gouverneur en conseil: *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200 («l'arrêt sur l'énergie hydraulique»). Le juge Duff, alors juge puîné, a abordé de plusieurs façons le rapport entre un acte fédéral valide d'une part et les droits de propriété provinciaux d'autre part. Il fait remarquer à la p. 212:

[TRADUCTION] Dans le premier arrêt sur les pêcheries [[1898] A.C. 700], leurs Seigneuries ont dû se prononcer sur la validité d'une loi du Parlement du Canada (S.R.C., chap. 95, art. 4), qui habilitait le gouverneur en conseil à consentir des baux de pêche. Leurs Seigneuries ont décidé que «dans la mesure où» cette loi conférait le pouvoir de

consentir des baux de pêche attributifs du droit exclusif de pêcher sur la propriété non pas du Dominion mais des provinces, le Parlement du Dominion n'avait pas compétence pour l'adopter.

Le pouvoir législatif relatif aux «pêcheries» que l'art. 91 confère au Parlement du Dominion ne comporte pas, a-t-on conclu, le pouvoir de traiter les biens d'une province comme si l'A.A.N.B. avait confié au Parlement du Dominion l'administration de ces biens; car, comme l'a dit lord Herschell, qui a prononcé l'arrêt du Comité judiciaire, pareille conclusion permettrait au Dominion de

se transférer à lui-même les biens laissés par l'A.A.N.B. aux provinces et non pas au Dominion. (p. 713).

Il ne convient pas dans ces motifs de définir complètement les pouvoirs d'expropriation ou d'appropriation. On doit toutefois se rappeler, face à l'usurpation de droits de propriété par le gouvernement fédéral dans l'exercice de quelque autre droit, que peu importe la terminologie employée, la

part of the property right and such extent of the taking of that right, as may be tied inherently and of necessity to the exercise of the authority in question by the federal level of government that the Constitution will permit. Thus the Government of Canada may not take or authorize the taking of property of the province beyond the property absolutely essential to the Dominion undertaking. Mineral rights, for example, would not be involved in the appropriation of the site of the federal work. This is so both because that part of the beneficial ownership of the province is not required by the fulfillment of the federal undertaking; and, because the federal government may not take over a source of revenue for its benefit in the course of establishing, under an express legislative heading, a federal project or undertaking. A serious overlap occurs, for example, in the authorization of the harnessing of interprovincial waters, where the title to provincial lands must necessarily be directly affected. The Dominion, in the exercise of its powers, may arguably, in some circumstances, as pointed at p. 218, of the *Water Powers* case, do so "without payment of compensation". Nevertheless, the Dominion may not constitutionally "assume the administration or control of water-powers so acquired for purposes not connected with the canal".

C

Here we are not concerned with expropriation. Either the federal government has the power to impose taxation under s. 91(3), "The raising of Money by any Mode or System of Taxation", without reference to other provisions of the *B.N.A. Act*, or it has not, and this must be answered in the context of the contest between s. 91(3) and s. 125 bearing in mind always the presence of the "notwithstanding" phrase ("notwithstanding anything in this Act") which introduced the former section. Furthermore, the federal government has the undoubted power in the exercise of its regulatory authority under s. 91(2), "The Regulation of Trade and Commerce", to affect directly and seriously the provincial proprietary interest notwith-

Constitution ne permet au gouvernement fédéral de s'arroger le droit de propriété que dans la mesure où ce droit est intimement et nécessairement lié à l'exercice du pouvoir en question. Le gouvernement du Canada ne peut donc s'approprier les biens de la province ou en autoriser l'appropriation que s'il s'agit de biens absolument indispensables à l'entreprise fédérale. L'appropriation de l'emplacement de travaux fédéraux ne s'étendrait pas, par exemple, aux droits miniers. Il y a deux raisons à cela. Premièrement, cette partie des droits de propriété de la province n'est pas nécessaire à la réalisation de l'entreprise fédérale et, deuxièmement, le gouvernement fédéral ne peut, dans le cadre de la réalisation, en vertu d'un pouvoir législatif exprès, d'un projet ou d'une entreprise fédérale, s'approprier une source de revenus à son propre profit. Il se produit un chevauchement sérieux lorsque, par exemple, on autorise l'aménagement de cours d'eau interprovinciaux et que le droit de propriété sur les terres provinciales doit forcément être directement touché. Il est possible de prétendre que, dans certaines circonstances, le Dominion peut exercer ses pouvoirs [TRADUCTION] «sans payer d'indemnité», comme on le fait remarquer à la p. 218 de l'arrêt sur *l'énergie hydraulique*. Néanmoins, le Dominion ne peut constitutionnellement [TRADUCTION] «assumer l'administration ou le contrôle des chutes d'eau ainsi acquises afin d'atteindre des objectifs non liés au canal».

g

C

Il ne s'agit pas en l'espèce d'expropriation. Ou bien le gouvernement fédéral a le pouvoir d'imposer une taxe en vertu du par. 91(3), «Le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation», sans tenir compte d'autres dispositions de l'*A.A.N.B.*, ou bien il ne l'a pas; et on doit répondre à cette question dans le contexte du conflit entre le par. 91(3) et l'art. 125, en se rappelant toujours la présence de l'expression «nonobstant» («nonobstant toute disposition du présent acte») qui sert d'introduction au par. 91(3). De plus, il ne fait pas de doute que dans l'exercice du pouvoir de réglementation que lui confère le par. 91(2), «La réglementation des échanges et du commerce», le gouvernement fédéral peut directe-



standing that that effect might come through regulatory taxation and notwithstanding the presence of s. 125. That is the contest to be settled here and we do not find the analysis of the right to expropriate or the alleged right to appropriate of much assistance, even analogically. The fact that the power to expropriate is, as Sir Lyman Duff has said at p. 224 of the *Water-Powers* case (*supra*) "not expressly given" (except for defence, s. 117) under the *B.N.A. Act* is of little or no determinative value. The power to expropriate or the power to appropriate must be determined in conjunction with the discharge of other functions under the Constitution by one level of government or the other. Expropriation by either level of government without legislative root in the Constitution is not a legal right and cannot take place legally. What we are talking about here is not expropriation of gas but taxation of gas, or, as the federal government submits, taxation of the movement of gas. Title to the gas at no time vests in the Government of Canada or its designate. Title transfers from the province to its customer. The transaction is purported to be subjected to tax federally. That is the question and one which brings into context the federal powers under s. 91 and the limits imposed by s. 125.

## D

The relationship between ss. 91 and 125 of the Act is revealed by the use in the latter provision of the expression "taxation". This is a specific reference to an action which might be taken by one legislature or the other in the course of its governmental functions. It is this action from which the lands and property of the other level of government are exempted. The section does not purport to exempt the lands or property of either the province or the Dominion from proper regulatory action taken by the other level of government within its allocated spheres in ss. 91 and 92; but such lands or property are not subject to the taxation activities of the other level of government either under s. 91(3) or 92(2). If a contrary mean-

ment et substantiellement toucher aux droits de propriété provinciaux, et ce, même si cet effet peut se produire par le biais d'une taxe de réglementation et nonobstant l'art. 125. Voilà la question à trancher en l'espèce, et nous estimons que l'analyse du droit d'expropriation ou du présumé droit d'appropriation ne revêt pas une grande utilité, même à titre analogique. Le fait que le pouvoir d'expropriation, comme le dit sir Lyman Duff à la p. 224 de l'arrêt sur l'*énergie hydraulique*, précité, [TRANSDUCTION] «n'est pas expressément conféré» (sauf aux fins de la défense, art. 117) par l'*A.A.N.B.* n'est guère déterminant. Pour décider s'il existe un pouvoir d'expropriation ou d'appropriation, il faut tenir compte de l'exercice d'autres fonctions constitutionnelles par l'un ou l'autre palier de gouvernement. L'expropriation par un palier de gouvernement, sans fondement législatif dans la Constitution, n'est pas un droit et ne peut s'effectuer légalement. En l'espèce, il s'agit non pas de l'expropriation du gaz mais de sa taxation, ou, suivant la prétention du gouvernement fédéral, de la taxation du transport de gaz. La propriété du gaz ne passe à aucun moment au gouvernement du Canada ni à quelqu'un qu'il a désigné. Elle est plutôt transmise par la province à son client. On prétend que cette opération est sujette à la taxation fédérale. Voilà la question dont nous sommes saisis et qui fait entrer en ligne de compte les pouvoirs fédéraux énumérés à l'art. 91 et les limites imposées à ces pouvoirs par l'art. 125.

## g

## D

Le rapport entre les art. 91 et 125 de l'Acte se dégage de l'emploi dans cette dernière disposition du terme «taxation». Il s'agit là d'une mention précise d'une mesure que peuvent prendre le Parlement fédéral et les législatures provinciales dans l'exercice de leurs fonctions gouvernementales. C'est de cette mesure que sont exemptés les terres et les biens de l'autre palier de gouvernement. L'article n'a pas pour effet d'exempter les terres et les biens provinciaux ou fédéraux des mesures de réglementation légitimes que prend l'autre palier de gouvernement dans les limites des pouvoirs que lui confère l'art. 91 ou 92; mais ces terres et ces biens ne peuvent être taxés par l'autre palier de gouvernement ni en vertu du par. 91(3) ni en vertu

ing were intended by the legislation of the United Kingdom in s. 125 of the *B.N.A. Act*, the term "taxation" might have been qualified as British Columbia would have had it in *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada* (1922), 64 S.C.R. 377 (the *Johnny Walker* case) by the addition of words which would include taxation where undertaken for regulatory purposes. On this appeal it therefore falls to the Attorney General of Canada to demonstrate that the action undertaken by Parliament in Bill C-57 relates to legislative functions under s. 91 other than those confined purely and simply to taxation.

## II

The Alberta Act, 1905

At the time of its formation, in 1905, by the *Alberta Act*, 1905 (Can.), c. 3, the Province of Alberta was not given the natural resources contained within the province. All Crown lands, mines and minerals, and royalties incident thereto, located within the province, continued to be vested in the federal Crown, and to be administered by the Government of Canada for the purpose of Canada. Section 20(1) of the *Alberta Act* stated that inasmuch as the province would not have the public land as a source of revenue, provision would be made for half yearly payments by Canada to Alberta.

## III

The British North America Act, 1930 and the Natural Resources Transfer Agreement

It is contended on behalf of the Province of Alberta that in 1930, Alberta and the three other western provinces were placed in the same, or in a better, position, *vis-à-vis* natural resources, than the original confederating provinces. On December 14, 1929 the Government of Canada and the Government of Alberta signed an agreement known as the Natural Resources Transfer Agreement, approved by the Parliament of Canada and the Legislature of Alberta, and confirmed by the *British North America Act, 1930*, the effect of which

du par. 92(2). Si le Parlement du Royaume-Uni avait voulu que l'art. 125 de l'*A.A.N.B.* ait un sens contraire, on aurait pu, comme le voulait la Colombie-Britannique dans l'affaire *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Procureur général du Canada* (1922), 64 R.C.S. 377 (l'arrêt *Johnny Walker*), apporter une restriction au terme «taxation» en y ajoutant des mots qui comprendraient la taxation à des fins de réglementation. En l'espèce, il incombe donc au procureur général du Canada de démontrer que la mesure envisagée par le Parlement dans le projet de loi C-57 est liée aux fonctions législatives prévues à l'art. 91 autres que celles qui concernent purement et simplement la taxation.

## II

L'Acte de l'Alberta, 1905

En 1905, lorsque l'*Acte de l'Alberta*, 1905 (Can.), chap. 3, a créé la province de l'Alberta, celle-ci ne s'est pas vu accorder les ressources naturelles situées à l'intérieur de ses frontières. Les terres de la Couronne, les mines, les minéraux et les redevances qui s'y rattachaient, qui se trouvaient dans la province, continuaient d'être la propriété de la Couronne du chef du Canada et d'être administrés par le gouvernement du Canada pour le Canada. Le paragraphe 20(1) de l'*Acte de l'Alberta* prévoit que, étant donné que la province n'aura pas les terres publiques comme source de revenu, le Canada effectuera des paiements semestriels à l'Alberta.

## III

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930 et la Convention sur les ressources naturelles

On soutient pour le compte de la province de l'Alberta qu'en 1930 l'Alberta et les trois autres provinces de l'ouest ont été mises, en ce qui concerne les ressources naturelles, dans une situation au moins d'égalité avec les provinces constituant originellement la Confédération. Le 14 décembre 1929, le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Alberta ont conclu une convention connue sous le nom de Convention sur les ressources naturelles. Approuvée par le Parlement du Canada et la législature de l'Alberta, et confirmée

was to place ownership of all the natural resources formerly owned by the Crown in right of Canada in the Crown in right of Alberta. The right of ownership carried with it, as a necessary incident, the right in the public interest to possess, enjoy, sell or otherwise dispose of such resources, and revenues therefrom, subject only to such laws as the Parliament of Canada might validly enact in pursuance of its legislative authority. The position of the provinces was considered by Duff J. in the *Johnny Walker* case, at p. 385:

The provinces are to keep the property assigned to them and enjoy the fruits of that property free from any right of the Dominion to assume it except for the purposes of defence (s. 117) and they have the further protection of section 125; a provision suggested, it may well be, by Marshall's famous dictum adapted from Webster's argument "a power to tax is a power to destroy"; but there is nothing in any of these clauses suggesting that the legislator is aiming at a limitation of Dominion authority in such matters as *e.g.* shipping and external trade. [Emphasis added.]

The agreement of 1929 between the Dominion Government and the Government of Alberta includes a recital:

And whereas it is desirable that the Province should be placed in a position of equality with the other Provinces of Confederation with respect to the administration and control of its natural resources as from its entrance into Confederation in 1905:

By section 1 of that agreement it was provided:

*Transfer of Public Lands Generally*

1. In order that the Province may be in the same position as the original Provinces of Confederation are in virtue of section one hundred and nine of the British North America Act, 1867, the interest of the Crown in all Crown lands, mines, minerals (precious and base) and royalties derived therefrom within the Province, and all sums due or payable for such lands, mines, minerals or royalties, shall . . . belong to the Province . . . and the said lands, mines, minerals and royalties shall be administered by the Province for the purposes thereof . . .

par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, cette convention a eu pour effet de transférer à la Couronne du chef de l'Alberta la propriété de toutes les ressources naturelles qui appartenaient jusqu'alors à la Couronne du chef du Canada. Le droit de propriété comportait nécessairement le droit, dans l'intérêt public, de posséder ces ressources ainsi que les revenus en découlant, d'en jouir, de les vendre ou autrement aliéner, sous réserve seulement des lois que le Parlement du Canada pourrait légitimement adopter dans l'exercice de son pouvoir législatif. Le juge Duff a étudié la situation des provinces dans l'arrêt *Johnny Walker*, à la p. 385:

[TRADUCTION] Les provinces conserveront les biens qui leur sont assignés et jouiront des fruits de ces biens exempts de tout droit fédéral de s'en emparer si ce n'est aux fins de la défense (art. 117), et elles bénéficient en outre de la protection de l'art. 125, disposition qui pourrait fort bien s'inspirer de la célèbre maxime de Marshall adaptée de l'argument de Webster, «le pouvoir de taxer est le pouvoir de détruire». Il n'y a cependant rien dans ces clauses qui indique que le législateur cherche à restreindre le pouvoir fédéral dans des domaines comme les expéditions par eau et le commerce extérieur. [C'est nous qui soulignons.]

La convention de 1929 entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Alberta comporte un considérant qui se lit comme suit:

Et considérant qu'il est avantageux que la province soit traitée à l'égal des autres provinces de la Confédération quant à l'administration et au contrôle de ses ressources naturelles, à dater de son entrée dans la Confédération en 1905;

L'article 1 de la convention dispose:

*Transfert des terres publiques en général*

1. Afin que la province puisse être traitée à l'égal des provinces constituant originellement la Confédération, sous le régime de l'article cent neuf de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, l'intérêt de la Couronne dans toutes les terres, toutes les mines, tous les minéraux (précieux et vils) et toutes les redevances en découlant à l'intérieur de la province, qui appartiennent à la Couronne, et toutes les sommes dues ou payables pour ces mêmes terres, mines, minéraux ou redevances, doivent . . . appartenir à la province . . . et ces terres, mines, minéraux et redevances seront administrés par la province pour ces fins . . .

Section 1 of the *British North America Act, 1930*, *supra*, provides:

1. The agreements set out in the Schedule to this Act are hereby confirmed and shall have the force of law notwithstanding anything in the British North America Act, 1867, or any Act amending the same, or any Act of the Parliament of Canada, or in any Order in Council or terms or conditions of union made or approved under any such Act as aforesaid. [Emphasis added.]

It is the submission of counsel for Alberta that, by reason of the presence of the words “notwithstanding anything in the *British North America Act, 1867*, or any Act amending the same, or any Act of the Parliament of Canada,” the ownership by Alberta of its lands and resources is on a plane higher than that enjoyed by the founding provinces under s. 109. Put another way, if the argument can be made that s. 125 is subject to s. 91 by reason of the presence of the word “notwithstanding” in s. 91, then, because of the 1930 amendment to the *B.N.A. Act*, the presence of “notwithstanding” in s. 1 of that Act makes the grant or transfer of resources confirmed by the 1930 amendment immune from any term in the 1867 Act, as amended, including the expression of “notwithstanding” in s. 91.

We find no requirement to determine the validity of such submission, because of the disposition which we propose of this appeal. It is sufficient to conclude that whether the Province of Alberta's title to its resources be on the level of s. 109 of the *B.N.A. Act* or on a higher plane, the interests of the province are not subject to federal taxation, implemented under s. 91(3), where no regulatory or other valid federal power is the constitutional basis of the taxation in question.

#### IV

##### The National Energy Program 1980

One of the documents placed before the Court is an undated publication entitled “The National Energy Program 1980” issued by the Minister of Energy, Mines and Resources Canada. It is a

L'article 1 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930*, précité, porte:

1. Les conventions comprises dans l'annexe de la présente loi, sont par les présentes confirmées et auront force de loi nonobstant tout ce qui est contenu dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, ou dans tout Acte le modifiant, ou dans toute loi du Parlement du Canada ou dans tout arrêté du Conseil ou termes ou conditions d'Union faits ou approuvés sous l'empire d'aucune de ces lois. [C'est nous qui soulignons.]

L'avocat de l'Alberta prétend qu'en raison de la présence des mots «nonobstant tout ce qui est contenu dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, ou dans tout Acte le modifiant, ou dans toute loi du Parlement du Canada», le droit de propriété de l'Alberta sur ses terres et ses ressources se situe à un niveau supérieur à celui accordé aux provinces fondatrices par l'art. 109. En d'autres termes, si on peut prétendre que l'art. 125 est assujéti à l'art. 91 en raison de la présence du mot «nonobstant» à ce dernier article, alors, la présence de ce même mot à l'art. 1 de l'*A.A.N.B.* de 1930 a pour effet d'immuniser le transfert ou la cession de ressources confirmés par la modification de 1930 contre toute disposition de l'Acte de 1867, modifié, y compris l'expression «nonobstant» qui se trouve à l'art. 91.

Vu la solution que nous proposons en l'espèce, nous n'estimons pas nécessaire de statuer sur la valeur de cet argument. Il suffit de conclure que peu importe que le droit de propriété de l'Alberta sur ses ressources soit celui prévu par l'art. 109 de l'*A.A.N.B.* ou qu'il se situe à un niveau supérieur, les droits de la province ne peuvent être assujétiés à une taxe fédérale imposée en vertu du par. 91(3), lorsque cette taxe n'a pas comme fondement constitutionnel un pouvoir de réglementation ou quelque autre pouvoir fédéral légitime.

#### IV

##### Le Programme énergétique national 1980

Un des documents produits devant la Cour est une publication sans date intitulée «Le Programme énergétique national 1980» qui émane du ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources du

statement of the federal position in respect of energy.

The document first addresses the matter of oil availability. Three points are noted. Over the last two decades (i) the world tripled its consumption of oil; (ii) the relative use of oil doubled from one-fifth to two fifths of primary demand; (iii) the capacity of the United States to supply its own oil needs declined. The emergence of the Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC) cartel and its effectiveness in increasing oil prices from \$3 a barrel in 1960—and about the same in 1970—to \$38 or more in 1980, is discussed. “The International Context” part of the document concludes with a forecast of traumatic adjustment and transformation for the world economy, supply uncertainties and unpredictable oil prices.

The discussion of “Energy Benefits and Burdens” is of particular interest in the present inquiry, notably the following quotes from pages 11 to 16, which we will number for ease of reference:

[1.] In Canada, for example, trade in the major forms of energy has been closely regulated by federal agencies for many years. Special procedures governing energy exports have been in place for some time, reflecting a national consensus that Canadian needs are to be served first, and that only surplus energy may be exported [at p. 11].

[2.] A large proportion—approaching one-half—of the revenue from these higher domestic prices accrues to the governments of the petroleum-producing provinces; most of it to Alberta. The resulting inter-regional transfers of wealth are now so large, and growing so rapidly, that they have become a national issue [at pp. 11-12].

[3.] The national and provincial governments in Canada have specific rights, powers, and obligations under the provisions of the *British North America Act*. However, there is no legislatively-defined arrangement under this Act for the sharing of revenues arising from the exploitation of natural resources, including petroleum [at pp. 12-13].

[4.] The revenue share accruing to each level of government is a function of a mixture of fiscal instruments that

Canada. Il s’agit d’un exposé de la position fédérale en matière d’énergie.

Ce document traite d’abord de l’accessibilité du pétrole. Il signale trois points. Au cours des deux dernières décennies, (i) la consommation mondiale de pétrole a triplé, (ii) l’utilisation relative du pétrole a doublé, passant d’un cinquième à deux cinquièmes de la demande primaire, (iii) il y a eu une diminution de la capacité des États-Unis de subvenir à leurs propres besoins de pétrole. Le document parle aussi de l’apparition du cartel appelé l’Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP) qui a réussi à faire passer le prix du pétrole de \$3 le baril en 1960 — lequel prix était à peu près le même en 1970 — à \$38 et plus en 1980. A la fin de la partie intitulée «Le contexte international», on augure des adaptations et des transformations traumatisantes pour l’économie mondiale, des approvisionnements incertains et des prix du pétrole imprévisibles.

L’étude des «Avantages et charges liés à l’énergie» revêt un intérêt particulier en l’espèce. Nous intéressent notamment les passages suivants tirés des pages 13 à 17, que nous numérotions pour plus de commodité:

[1.] Dans notre pays, par exemple, les échanges des principaux types d’énergie sont étroitement réglementés depuis plusieurs années par des organismes fédéraux. Des dispositions particulières régissant les exportations d’énergie sont en place depuis un certain temps; elles reflètent un consensus national selon lequel les besoins canadiens doivent être satisfaits en premier et seuls les excédents d’énergie peuvent être exportés [à la p. 13].

[2.] Cette hausse des prix intérieurs bénéficie en grande partie — presque la moitié — aux gouvernements des provinces productrices de pétrole, Alberta en tête. Les transferts de richesse qui en résultent entre les régions ont atteint de telles proportions et augmentent si rapidement qu’ils sont devenus une question nationale [à la p. 13].

[3.] Les gouvernements national et provinciaux au Canada ont des droits, des pouvoirs et des obligations précis d’après l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique*. Cette loi n’établit cependant aucun mode de répartition des recettes provenant de l’exploitation des ressources naturelles, dont le pétrole [à la p. 14].

[4.] La part de recettes revenant à chaque palier de gouvernement est le fruit d’un ensemble de mécanismes

has evolved over time. The result is a distribution of benefits that is extra-ordinarily unfavourable to the national government, even in comparison to a country such as Australia, where the state governments, like Canadian provinces, own the resources. Revenue-sharing arrangements in Canada are an international anomaly, bearing no relationship to the rights and responsibilities of the two levels of government [at p. 13].

[5.] While Canadian economic performance since the initial OPEC price shock compares favourably with that of other industrial countries, the effort to support the economy has left the national government's fiscal position badly weakened. Each OPEC price shock makes the federal position worse [at p. 14].

[6.] This is a crucial difference between Canada and most other energy-rich countries, among them federal states like Australia, or unitary states such as Norway and the United Kingdom. In these countries, the national government obtains most of the revenues accruing from the increase in price of domestic petroleum; it captures the "upside" appreciation; it gets the financial wherewithal to offset the negative economic consequences of world oil price shocks. In Canada, one provincial government—not all, and not the national government—enjoys most of the windfall, under current policies. These policies are no longer compatible with the national interest. The Government of Canada must have a reasonable share of revenues from oil and gas production, if it is to shield Canadians from the full impact of the negative economic shock, and help bring about the adjustments that must be made in Canada's economic, energy, and industrial structure [at p. 14].

[7.] To rely entirely on new taxes upon the industry would be unfair. It would also be ill-advised, for it would put in jeopardy our energy supply objectives. Finally, it would miss the basic point: *what is the appropriate distribution of oil and gas revenues among governments?*

What share of revenues reflects the needs and responsibilities of the two levels of government? At present, provincial governments receive more than three-quarters of the oil and gas production revenues accruing to governments. Alberta, with 10 per cent of Canada's population, receives over 80 per cent of the petroleum revenues gained by provinces [at p. 15].

financiers qui ont évolué avec le temps. Il en est résulté une répartition des avantages qui est exceptionnellement défavorable au gouvernement national, même par comparaison avec un pays—comme l'Australie—où les gouvernements des Etats, comme les provinces canadiennes, possèdent les ressources. Le partage actuel des recettes au Canada constitue une anomalie au plan international et ne reflète absolument pas les droits et responsabilités respectifs des deux niveaux de gouvernement [à la p. 14].

[5.] Bien que les résultats économiques du Canada depuis le premier bond des prix de l'OPEP se comparent avantageusement à ceux des autres pays industrialisés, les efforts déployés pour soutenir l'économie ont sensiblement affaibli la situation financière du gouvernement national. Chaque relèvement des prix de l'OPEP aggrave cette situation [à la p. 15].

[6.] Il existe une différence capitale entre le Canada et la plupart des autres pays riches en énergie, qu'ils aient un régime fédéral comme l'Australie ou unitaire comme la Norvège et le Royaume-Uni. Dans ces pays, le gouvernement national reçoit la majeure partie des recettes apportées par la hausse des prix intérieurs du pétrole; il dispose des ressources financières voulues pour compenser les effets du renchérissement du pétrole sur l'économie. Au Canada, un gouvernement provincial—pas toutes les provinces, ni le gouvernement national—bénéficie en majeure partie des hausses d'après les politiques actuelles. Ces dernières ne sont plus compatibles avec l'intérêt national. Le gouvernement du Canada doit recevoir une part raisonnable des recettes tirées de la production de pétrole et de gaz s'il veut pouvoir aider les Canadiens à ne pas subir de plein fouet les conséquences économiques de la hausse et faciliter les adaptations nécessaires dans la structure économique, énergétique et industrielle du Canada [aux pp. 15 et 16].

[7.] Il serait injuste de recourir uniquement à de nouvelles taxes sur l'industrie. Ce serait également peu indiqué, car la réalisation de nos objectifs d'approvisionnement énergétique en souffrirait. Enfin, cela ne répondrait pas à la question fondamentale, celle de la *répartition appropriée des recettes pétrolières et gazières entre les gouvernements.*

Quelle est la part des recettes qui correspond aux besoins et aux responsabilités des deux paliers de gouvernement? A l'heure actuelle, les gouvernements provinciaux reçoivent plus des trois quarts des recettes tirées de la production pétrolière et gazière qui vont au secteur public. L'Alberta, avec 10% de la population du Canada, reçoit plus de 80% des recettes pétrolières des provinces [à la p. 16].

[8.] Canadians must decide, however, whether the current arrangements, which concentrate the financial benefits of higher oil prices in one provincial government, and give little benefit to the national government, are appropriate [at p. 16].

The Government of Canada believes that the present system is inappropriate and unfair. It believes that more appropriate arrangements must be made, so that the national government, which is accountable to all Canadians, gains access to the funds it needs to support its response to national needs [at p. 16].

Under the heading "Energy Taxes", the document refers to earlier discussion of the "major shortcomings of the prevailing tax and revenue-sharing system" and continues,

[9.] The Program [*i.e.* the National Energy Program] will create a framework for more balanced revenue sharing between the producing provinces, who are entitled to large and growing revenues from their resources, and the Government of Canada, which has a national claim, on behalf of all Canadians, to a share of the industry's revenues [at p. 33].

We are told at p. 33 that "For all these reasons the proposals presented to the producing provinces incorporated a federal tax on natural gas exports" but that

[10.] The governments of Alberta and British Columbia have strongly opposed a natural gas export tax. They have argued that such a tax is an intrusion on their resource ownership rights. They also argue that taxes on gas exports are discriminatory [at p. 34].

The Government of Canada, it appears, rejected these arguments but "[r]ecognizing, however, the strong opposition of Alberta and British Columbia to the gas export tax" (at p. 34) offered to discuss other arrangements which the Alberta government, however, considered neither feasible nor appropriate.

The discussion of "Energy Taxes" concludes with a pregnant passage:

[11.] The Government of Canada is, therefore, not proceeding with a natural gas export tax. This tax would have provided the federal government with a major

[8.] Les Canadiens doivent cependant décider si le système actuel, qui concentre les avantages financiers de la hausse des prix du pétrole entre les mains d'un gouvernement provincial et ne bénéficie guère au gouvernement national, est approprié [à la p. 16].

Le gouvernement du Canada pense que le système actuel n'est ni approprié, ni juste. Il pense que des dispositions plus adaptées doivent être prises, de manière que le gouvernement qui doit rendre des comptes à tous les Canadiens, le gouvernement national, ait accès aux ressources financières nécessaires pour répondre aux besoins nationaux [à la p. 17].

Sous la rubrique «Taxes en matière d'énergie», le document mentionne l'étude antérieure des «principales lacunes du régime existant en matière de fiscalité et de partage des recettes» et ajoute:

[9.] Le Programme [c.-à-d. le Programme énergétique national] instaurera le cadre d'un partage plus équilibré des recettes entre les provinces productrices, qui sont en droit de tirer de leurs ressources des recettes importantes et croissantes, et le gouvernement du Canada, qui peut légitimement prétendre, pour le compte de tous les Canadiens, à une part des recettes pétrolières et gazières [à la p. 36].

On lit à la p. 36 que «Pour toutes ces raisons, les propositions présentées aux provinces productrices incorporeraient une taxe fédérale sur les exportations de gaz naturel», mais, ajoute le document:

[10.] Les gouvernements de l'Alberta et de la Colombie-Britannique se sont vigoureusement opposés à une taxe sur les exportations de gaz naturel. Ils ont prétendu que cela empièterait sur leur droit de propriété en matière de ressources. Ils ont aussi fait valoir qu'une taxe sur les exportations de gaz serait discriminatoire [aux pp. 36 et 37].

Le gouvernement du Canada semble avoir rejeté ces arguments, mais, «voulant quand même tenir compte de la vigoureuse opposition de l'Alberta et de la Colombie-Britannique à la taxe sur les exportations de gaz» (à la p. 37), il a offert d'examiner un autre mécanisme, proposition que le gouvernement de l'Alberta a toutefois jugée ni praticable ni appropriée.

L'étude des «Taxes en matière d'énergie» se termine par un passage lourd de sens:

[11.] Aussi le gouvernement du Canada décide-t-il de ne pas instaurer de taxe sur les exportations de gaz naturel. Cette taxe lui aurait pourtant apporté une

source of the revenues needed to meet its national energy obligations [at p. 34]. [Emphasis added.]

Under the next heading, "New taxes on Oil and Gas", the federal government says:

[12.] To compensate for these foregone revenues [*i.e.* the revenues which would have been available through a natural gas export tax] the federal government will need new sources of funds. One potential new source is the Petroleum Compensation Charge [at p. 35].

After some comment on the Petroleum Compensation Charge one reads:

[13.] Another source of revenue is needed. The Government of Canada will, therefore, impose a new natural gas and gas liquids tax.

All natural gas sales will be subject to the tax, including those to the export market. There is no reason to exclude exports from a tax payable on all gas produced and consumed in Canada [at p. 35]. [Emphasis added.]

This "new natural gas and gas liquids tax" is the tax central to the present reference.

V

Notices of Ways and Means Motions and supplementary information on the Budget, October 28, 1980

The Budget Papers of October 28, 1980 announced that a new tax would "be imposed under the Excise Tax Act on all natural gas and gas liquids produced in Canada". It stated (at p. 84-85) that

[14.] While the tax will generally apply to distributors of natural gas on their acquisitions of gas for resale to consumers, the purchase and sale arrangements in the industry take a variety of forms and various provisions will thus be necessary in the legislation to deal with them. Specifically:

- i) In the case of marketable pipeline gas acquired by distributors for resale to consumers in Canada, the tax will be imposed upon distributors when they acquire gas and will be collected from them.

bonne partie des recettes nécessaires pour faire face à ses obligations nationales en matière d'énergie [à la p. 37]. [C'est nous qui soulignons.]

<sup>a</sup> Sous la rubrique suivante, «Nouvelles taxes sur le pétrole et le gaz naturel», le gouvernement fédéral déclare:

<sup>b</sup> [12.] Pour compenser ce manque à gagner [c.-à-d. les recettes qui seraient provenues d'une taxe sur les exportations de gaz naturel], le gouvernement fédéral aurait besoin de nouvelles sources de recettes. L'une des nouvelles sources possibles est le prélèvement d'indemnisation pétrolière [aux pp. 37 et 38].

<sup>c</sup> Après quelques observations sur le prélèvement d'indemnisation pétrolière, on lit ce qui suit:

<sup>d</sup> [13.] Ce dernier aura besoin d'une source de recettes. Le gouvernement du Canada imposera donc une nouvelle taxe sur le gaz naturel et les liquides extraits du gaz naturel.

<sup>e</sup> Toutes les ventes de gaz naturel—notamment sur les marchés extérieurs—seront assujetties à la taxe. Il n'y a aucune raison d'exempter les exportations de la taxe perçue sur tout le gaz produit et consommé au Canada [à la p. 38]. [C'est nous qui soulignons.]

C'est cette «nouvelle taxe sur le gaz naturel et les liquides extraits du gaz naturel» qui est le noeud du présent renvoi.

f

V

Avis de motions des voies et moyens et renseignements supplémentaires sur le budget, le 28 octobre 1980

g

<sup>h</sup> Les Documents budgétaires du 28 octobre 1980 ont annoncé une nouvelle taxe qui serait «imposée aux termes de la Loi sur la taxe d'accise sur tout le gaz naturel et les liquides du gaz produits au Canada». A la p. 89, on lit ce qui suit:

<sup>i</sup> [14.] En règle générale, la taxe s'appliquera aux distributeurs de gaz naturel, sur leurs achats de gaz pour revente aux consommateurs; cependant, comme les modalités d'achat et de vente prennent des formes variées dans ce secteur, diverses dispositions seront nécessaires. Plus précisément:

- <sup>j</sup> (i) Dans le cas du gaz commercialisable acheminé par pipe-line acquis par les distributeurs pour revente aux consommateurs au Canada, la taxe sera imposée aux distributeurs lors de l'achat du gaz et payée par eux.



- |  |   |
|--|---|
| <p>ii) In the case of sales of marketable pipeline gas by producers, pipeline companies or other gas brokers directly to consumers, the tax will be imposed on the consumer and collected by the seller on behalf of the government. This type of direct sale is often made to an industrial user.</p>                                     | <p>(ii) Dans le cas du gaz commercialisable acheminé par pipe-line vendu directement aux consommateurs par les producteurs, les sociétés de pipe-line ou d'autres grossistes en gaz, la taxe sera imposée au consommateur et perçue par le vendeur pour le compte du gouvernement. Ce genre de vente directe intervient souvent avec les utilisateurs industriels.</p>            |
| <p>iii) Sales of marketable pipeline gas outside Canada will be taxable in the hands of the person who exports the gas.</p>  | <p>(iii) Les ventes de gaz commercialisable acheminé par pipe-line à l'étranger seront taxables au niveau de l'exportateur.</p>   |
| <p>iv) Natural gas liquids, which are ethane, propane, and butanes, will be taxed when they are first removed, following production, from a gas processing or reprocessing plant. The operator of the plant will be required to collect the tax on behalf of the government. The tax will not apply to such liquids produced from oil.</p> | <p>(iv) Les liquides du gaz naturel, c'est-à-dire l'éthane, le propane et les butanes, seront taxés lorsqu'ils quittent, après la production, une usine de traitement ou de transformation du gaz. L'exploitant de l'usine devra percevoir la taxe pour le compte du gouvernement. La taxe ne s'appliquera pas à ces liquides lorsqu'ils seront produits à partir du pétrole.</p> |

The tax was first detailed in a Notice of Ways and Means Motion to amend the *Excise Tax Act* (2), tabled by the Minister of Finance in the House of Commons on November 12, 1980. This is the motion referred to in paragraph 1(j) of the reference, *supra*. It reads in part:

That it is expedient to introduce a measure to amend the Excise Tax Act to establish a natural gas and gas liquids tax, and to provide among other things:

1. That a tax be imposed, levied and collected,
  - (a) on each gigajoule of marketable pipeline gas received by a distributor, payable to the Minister of National Revenue, by the distributor, at the time when the gas is received;
  - (b) On each gigajoule of marketable pipeline gas, received by a consumer in Canada from a gas producer, broker or anyone for or on behalf of the gas producer or broker, payable to the Minister of National Revenue by the consumer at the time when the gas is received . . .

3. That the tax imposed by the said measure be binding on Her Majesty in right of Canada and in right of any province.

5. That where any marketable pipeline gas, in respect of which no tax has been paid under the said measure, is exported from Canada for use outside Canada, pursuant to a licence issued by the National Energy Board under Part VI of the National Energy Board Act, or pursuant

La taxe a été exposée en détail, pour la première fois, dans un avis de motion des voies et moyens visant à modifier la *Loi sur la taxe d'accise* (2), déposé par le ministre des Finances à la Chambre des communes le 12 novembre 1980. Il s'agit de cette motion dont il est question à l'alinéa 1j) du renvoi, précité. La motion porte notamment:

Qu'il y a lieu de présenter une mesure législative modifiant la Loi sur la taxe d'accise afin d'établir une taxe sur le gaz naturel et les liquides extraits du gaz naturel, et de prévoir notamment:

1. Qu'une taxe soit imposée, levée et perçue,
  - a) sur chaque gigajoule de gaz commercialisable acheminé par pipeline, reçu par un distributeur, cette taxe étant payable au ministre du Revenu national par le distributeur à la date à laquelle le gaz est reçu;
  - b) sur chaque gigajoule de gaz commercialisable acheminé par pipeline, reçu par un consommateur au Canada d'un producteur de gaz, d'un courtier ou de quiconque pour le compte du producteur de gaz ou du courtier, cette taxe étant payable au ministre du Revenu national par le consommateur à la date à laquelle le gaz est reçu . . .

3. Que la taxe imposée par ladite mesure lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

5. Que, si du gaz commercialisable acheminé par pipe-line, à l'égard duquel aucune taxe n'a été payée en vertu de ladite mesure, est exporté du Canada pour être utilisé hors du Canada, conformément à une licence émise par l'Office national de l'énergie aux termes de la Partie VI

to any other authority under that Act, the exporter be deemed to be the distributor of the gas so exported and to have received that gas at the time it was exported by him. [Emphasis added.]

It will be noted that it was initially proposed that the tax be imposed directly on the marketable pipeline gas.

On November 12, 1980 the Lieutenant Governor in Council of Alberta launched the present reference.

The Motion to which we have referred was apparently superseded by a later Notice of Ways and Means Motion, referred to as "Excise Tax Motion (No. 2)" in Bill C-57, tabled in the House of Commons on January 22, 1981.

## VI

### Bill C-57—An Act to amend the Excise Tax Act and the Excise Act and to provide for a revenue tax in respect of petroleum and gas

On January 26, 1981, Bill C-57 received first reading. Part II of the Bill is entitled "Excise Tax Act". The explanatory material states that:

The amendments to the *Excise Tax Act* proposed in this Part would implement the Ways and Means Motion (No. 2) relating to that Act tabled by the Minister of Finance on January 22, 1981 (hereinafter referred to as the "Excise Tax Motion (No. 2)").

Section 43 of Part II would add after Part IV of the *Excise Tax Act* a new Part IV.1 entitled "Natural Gas and Gas Liquids Tax". Section 25.11 of the new Part states:

**25.11** The purpose of this Part is to provide legislative authority for the imposition of a natural gas and gas liquids tax as an essential and integral element of the national oil and gas policy as expounded in the National Energy Program.

The provisions of the new Part are designed to ensure that all gas produced in Canada will be

de la Loi sur l'Office national de l'énergie, ou conformément à un autre pouvoir prévu par cette loi, l'exportateur soit réputé être le distributeur du gaz ainsi exporté et avoir reçu ce gaz à la date à laquelle il a été exporté par lui. [C'est nous qui soulignons.]

On constate que, selon la proposition initiale, la taxe devait être imposée directement sur le gaz commercialisable acheminé par pipeline.

Le 12 novembre 1980, le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta a déclenché le présent renvoi.

La motion susmentionnée a apparemment été remplacée par un avis de motion des voies et moyens ultérieur, déposé à la Chambre des communes le 22 janvier 1981 et appelé, dans le projet de loi C-57, «Motion n° 2 sur la taxe d'accise».

## VI

### Le projet de loi C-57—Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur l'accise et prévoyant un impôt sur les revenus pétroliers

Le 26 janvier 1981, le projet de loi C-57 a franchi l'étape de la première lecture. La partie II du projet de loi s'intitule «Loi sur la taxe d'accise». Les notes explicatives portent:

Les modifications de la *Loi sur la taxe d'accise* donnent effet à la motion des voies et moyens (n° 2) visant cette loi, déposée par le ministre des Finances le 22 janvier 1981 (ci-après appelée la «Motion (n° 2) sur la taxe d'accise»).

L'article 43 de la partie II prévoit l'insertion après la partie IV de la *Loi sur la taxe d'accise* d'une nouvelle partie IV.1 intitulée «Taxe sur le gaz naturel et sur les liquides extraits du gaz naturel». L'article 25.11 de la nouvelle partie se lit comme suit:

**25.11** La présente Partie a pour objet de pourvoir aux pouvoirs législatifs que nécessite l'imposition d'une taxe sur le gaz naturel et sur les liquides extraits du gaz naturel et ce, à titre d'élément essentiel et de partie intégrante de la politique nationale de fixation des prix du pétrole et du gaz, aux termes du Programme national de l'énergie.

Les dispositions de la nouvelle partie sont destinées à assurer que tout le gaz naturel produit au

subject to tax. Section 25.13 is the charging section:

**25.13 (1)** There shall be imposed, levied and collected on the receipt of marketable pipeline gas by a distributor in Canada a tax at the rate specified in subsection (5).

(2) There shall be imposed, levied and collected on the receipt of marketable pipeline gas by a consumer in Canada from a gas producer or a broker, or from any person acting for or on behalf of a gas producer or a broker, a tax at the rate specified in subsection (5).

A "distributor" is defined generally in s. 25.1(1) as meaning a person who, in any year, carried on the business of selling marketable pipeline gas to consumers in Canada. No tax is imposed on the exportation of gas as such. The word "distributor", however, is given an extended meaning by a deeming provision s. 25.1(2) which reads:

**25.1 . . .**

(2) Where any marketable pipeline gas in respect of which no tax has been paid under this Part is exported from Canada for use outside Canada pursuant to a licence issued under Part VI of the *National Energy Board Act* or pursuant to any other authority under that Act, the exporter of that gas is, for the purposes of this Part, deemed to be the distributor of that gas and to have received that gas at the time he exports it.

The new Part has many other provisions but the only other one directly of interest in the present appeal is s. 25.12 which provides:

**25.12** This Part binds Her Majesty in right of Canada or a province and every person acting for or on behalf of Her Majesty in right of Canada or a province.

It is the contention of the Attorney General of Canada that despite the fact that, (i) all Crown lands, mines and minerals in Alberta are owned by the province; (ii) the province produced its natural gas and transported the gas by pipeline for export

Canada sera assujetti à la taxe. C'est l'art. 25.13 qui établit la taxe:

**25.13 (1)** Il est imposé, levé et perçu, sur la réception, par un distributeur au Canada, de gaz commercialisable acheminé par pipeline, une taxe au taux que précise le paragraphe (5).

(2) Il est imposé, levé et perçu, sur la réception par un consommateur, au Canada, de gaz commercialisable acheminé par pipeline, provenant soit d'un producteur de gaz, ou d'un courtier, soit d'une personne agissant pour un producteur de gaz ou un courtier, ou pour le compte de celui-ci, une taxe au taux que précise le paragraphe (5).

Selon la définition générale qui figure au par. 25.1(1), le «distributeur» est la personne qui, au cours d'une année, exploite une entreprise de vente, à des consommateurs au Canada, de gaz commercialisable acheminé par pipeline. L'exportation de gaz comme telle n'est pas assujettie à la taxe. Grâce à une disposition qui crée une présomption, savoir le par. 25.1(2), le mot «distributeur» reçoit toutefois un sens plus large. Ce paragraphe se lit comme suit:

**25.1 . . .**

(2) Dans le cas où du gaz commercialisable acheminé par pipeline, relativement auquel aucune taxe a été payée aux termes de la présente Partie, est exporté depuis le Canada en vue de son utilisation à l'extérieur du Canada et ce, en conformité avec une licence délivrée aux termes de la Partie VI de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ou en conformité avec toute autre autorisation aux termes de cette même loi, l'exportateur de gaz est, aux fins de la présente Partie, réputé être le distributeur de ce même gaz et avoir reçu ce même gaz au moment où il l'exporte.

La nouvelle partie contient plusieurs autres dispositions, mais la seule autre qui nous intéresse directement en l'espèce est l'art. 25.12 dont voici le texte:

**25.12** La présente Partie lie Sa Majesté du chef du Canada ou du chef d'une province, ainsi que toute personne agissant pour Sa Majesté du chef du Canada ou du chef d'une province ou pour le compte de celle-ci.

Le procureur général du Canada fait valoir que, même si (i) toutes les terres de la Couronne, les mines et les minéraux situés en Alberta appartiennent à la province, (ii) la province produit son gaz naturel et le transporte par pipeline en vue de le

sale to a purchaser in the United States of America; and (iii) the province maintains sole ownership of the said natural gas until it is delivered to the American purchaser on the American side of the border, the province falls within the “deeming” provision of s. 25.1(2) and is therefore liable to tax.

## VII

Section 125 of The *British North America Act*

## A

Clement, *The Law of the Canadian Constitution* (3rd ed., 1916), at p. 643 considered s. 125 of the *B.N.A. Act* unnecessary. “It was not intended,” he said, “to affect the general rule as to the exemption of Crown property from taxation as that rule is to be applied, for example, in England or in a colony under one legislature only. It was inserted by way of abundant caution to prevent the Dominion from levying taxes for federal purposes upon property held by the Crown for provincial purposes, and *vice versa*.”

Be that as it may, s. 125 is plainly intended to prevent inroads, by way of taxation, upon the property of one level of government, by another level of government.

It is apparent that the public domain was to be a principal source of revenue for the new provinces. The federal government had assumed the most costly obligations of government at the time, and had been granted a general power to raise “Money by any Mode or System of Taxation” (s. 91(3)). This taxing power, of course, included authority to levy duties of customs and excise which, in 1867, provided more than eighty per cent of the revenue of the British North American Colonies. By contrast, the provinces were limited to imposing “Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes” (s. 92(2)) and licensing fees (s. 92(9)). These revenue sources were not expected to yield significant sums of money; indeed, the extreme unpopularity of direct taxes in this era of “*laissez-faire*” political theory created the assumption that

vendre à un acheteur aux États-Unis d’Amérique et (iii) la province demeure l’unique propriétaire dudit gaz naturel jusqu’à sa livraison à l’acheteur américain du côté américain de la frontière, la disposition du par. 25.1(2) qui crée une présomption s’applique et la province est en conséquence assujettie à la taxe.

## VII

L’article 125 de l’Acte de l’Amérique du Nord britannique

## A

Clement, dans *The Law of the Canadian Constitution* (3<sup>e</sup> éd., 1916), à la p. 643, a jugé inutile l’art. 125 de l’*A.A.N.B.* [TRADUCTION] «Il n’est pas destiné, dit-il, à porter atteinte à la règle générale concernant l’exemption des biens de la Couronne de la taxation comme cette règle doit s’appliquer, par exemple, en Angleterre ou dans une colonie dotée d’une seule législature. Il a été inséré, par souci de précaution, pour empêcher le Dominion d’imposer des taxes à des fins fédérales sur les biens détenus par la Couronne à des fins provinciales, et vice versa.»

Quoi qu’il en soit, l’art. 125 a manifestement pour objet d’empêcher un palier de gouvernement d’empiéter, par voie de taxation, sur les biens d’un autre palier de gouvernement.

Il appert que le domaine public devait constituer pour les nouvelles provinces une source principale de revenus. Le gouvernement fédéral avait assumé ce qui constituait à l’époque les obligations gouvernementales les plus onéreuses et s’était vu accorder un pouvoir général de prélever des deniers par tous modes ou systèmes de taxation» (par. 91(3)). Ce pouvoir de taxation comportait évidemment le pouvoir de percevoir des droits de douane et d’acise qui, en 1867, représentaient plus de quatre-vingt pour cent des revenus des colonies de l’Amérique du Nord britannique. Les provinces, par contre, étaient limitées à «La taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux» (par. 92(2)) et aux droits de licence (par. 92(9)). On ne s’attendait pas à ce que ces sources rapportent des sommes importantes; en fait, l’extrême impopula-

the provinces would levy taxes only as a last resort (LaForest, *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution*, Canadian Tax Paper No. 65, (2nd ed., 1981), at pp. 2-3). Provincial revenues were to be derived, not from s. 92 powers, but from the assets allocated to the provinces in Part VIII of the *B.N.A. Act*.

Section 118 (now repealed and superseded by the *B.N.A. Act, 1907*) provided for annual subsidies to be paid by the Dominion to the provinces, while the balance of provincial revenue requirements would largely be met through the exploitation and development of the public domain. These sentiments are expressed by Galt in the *Confederation Debates* (1865) at p. 68:

We may, however, place just confidence in the development of our resources, and repose in the belief that we shall find in our territorial domain, our valuable mines and our fertile lands, additional sources of revenue far beyond the requirements of the public service.

Neither the federal government nor the provincial governments alone have the authority unilaterally to alter the terms of the division of assets effected in Part VIII. As Duff J. observed in the *Water-Powers* case, *supra*, at p. 212, with reference to Part VIII of the *B.N.A. Act* including s. 125:

The effect of the decisions seems to be, that neither the Dominion nor a province can take possession of a source of revenue which has been assigned to the other, and as a source of revenue, appropriate it to itself, nor, as owner, transfer it to another.

Faced with the general constitutional taxing competence of the federal parliament under s. 91(3) of the Act it was important for the survival of the provinces and of Canadian federalism that this vital source of provincial revenue be protected from erosion through taxation. Section 125 thus gives legislative recognition to that constitutional value. LaForest states, referring to s. 125, at p. 182:

rité des taxes directes à cette époque où régnait la théorie politique du laisser-faire, donnait lieu à la présomption que les provinces n'imposeraient des taxes qu'en dernier ressort (LaForest, *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution*, Canadian Tax Paper No. 65, (2<sup>e</sup> éd., 1981), aux pp. 2 et 3). Les revenus provinciaux ne devaient dériver non pas des pouvoirs conférés par l'art. 92, mais plutôt de l'actif attribué aux provinces par la partie VIII de l'*A.A.N.B.*

L'article 118 (maintenant abrogé et remplacé par l'*A.A.N.B., 1907*) prévoyait que des subventions annuelles seraient versées aux provinces par le Canada, alors que les provinces subviendraient au reste de leurs besoins en matière de revenus surtout par l'exploitation et la mise en valeur du domaine public. Ce point de vue est exprimé par Galt dans les *Confederation Debates* (1865), à la p. 68:

[TRADUCTION] Toutefois, nous pouvons à juste titre avoir confiance dans la mise en valeur de nos ressources et être assurés que notre territoire, nos mines riches et nos terres fertiles nous fourniront des sources de revenus supplémentaires plus que suffisantes pour répondre aux besoins des services publics.

Ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements provinciaux n'ont le pouvoir d'agir unilatéralement pour modifier le partage de l'actif prévu par la partie VIII. Comme le fait remarquer le juge Duff, à la p. 212 de l'arrêt sur l'*énergie hydraulique*, précité, relativement à la partie VIII de l'*A.A.N.B.*, y compris l'art. 125:

[TRADUCTION] Les arrêts semblent indiquer que ni le Dominion ni une province ne peut s'emparer d'une source de revenus accordée à l'autre et se l'approprier comme telle, ni, à titre de propriétaire, transférer cette source de revenus à quelqu'un d'autre.

Face à la compétence générale en matière de taxation que le par. 91(3) de la Constitution confère au parlement fédéral, il importait pour la survie des provinces et du fédéralisme canadien que cette source vitale de revenus provinciaux soit protégée contre toute érosion par voie de taxation. L'article 125 reconnaît ainsi cette valeur constitutionnelle. LaForest affirme au sujet de l'art. 125, à la p. 182:

This section appears to have been enacted to ensure that the legislative powers of taxation were not used to interfere with the control the *British North America Act* has given the federal and provincial governments over their property.

The immunity conferred by s. 125 must override the express powers of taxation contained in ss. 91(3) and 92(2). The legislative powers conferred by Part VI (ss. 91 to 95) must be regarded as qualified by provisions elsewhere in the Act. Otherwise those other provisions are meaningless. The courts have consistently proceeded on the basis that s. 91 and s. 92 powers are so qualified even where the legislative power is fortified by a *non obstante* clause. The *Johnny Walker* case, to which much attention was paid during argument, is a good example. All courts proceeded on the basis that s. 125 would, in appropriate circumstances, limit Parliament's legislative powers under s. 91. The overriding nature of s. 125 and, indeed, of the whole of Part VIII, was endorsed by Duff J. in the *Water-Powers* case, *supra*. "There is nothing more clearly settled," Duff wrote at p. 216, "than the proposition that in construing section 91, its provisions must be read in light of the enactments of section 92, and of the other sections of the Act, and that where necessary, the *prima facie* scope of the language may be modified to give effect to the Act as a whole." After referring to the division of assets in Part VIII and the express limitation on the power of taxation expressed in s. 125, Duff J. concluded at p. 217: "... it cannot be maintained that it is competent to the Dominion in exercise of ... [section 91] powers to legislate in disregard of the provisions of sections 102-126."

Section 125 raised to the rank of constitutional guarantee the immunity of provincial property from taxation. Section 125 is an exception to the general constitutional competence of the federal Parliament in the matter of taxation based on s. 91(3) and in this manner the section renders inapplicable to the property of the provinces federal fiscal legislation enacted pursuant to s. 91(3).

[TRADUCTION] Cet article semble avoir été adopté pour assurer que les pouvoirs législatifs en matière de taxation ne seraient pas utilisés pour porter atteinte au contrôle que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* accorde aux gouvernements fédéral et provinciaux sur leurs biens respectifs.

L'immunité que confère l'art. 125 doit l'emporter sur les pouvoirs exprès de taxation contenus dans les par. 91(3) et 92(2). Les pouvoirs législatifs accordés par la partie VI (art. 91 à 95) doivent être considérés comme limités par d'autres dispositions de l'Acte, sinon ces autres dispositions perdent tout leur sens. Les cours ont constamment tenu pour acquis que les pouvoirs visés aux art. 91 et 92 sont ainsi limités même lorsque le pouvoir législatif est renforcé par une clause *non obstante*. L'arrêt *Johnny Walker*, sur lequel on s'est souvent arrêté au cours des plaidoiries, en est un bon exemple. Toutes les cours ont tenu pour acquis que l'art. 125, dans des circonstances appropriées, limite les pouvoirs législatifs conférés au Parlement par l'art. 91. Le juge Duff dans l'arrêt sur l'*énergie hydraulique*, précité, a reconnu le caractère prépondérant de l'art. 125 et, en fait, de l'ensemble de la partie VIII. [TRADUCTION] «Il n'est rien de plus clairement établi,» écrit le juge Duff à la p. 216, «que le principe selon lequel, pour interpréter l'art. 91, il faut lire ses dispositions à la lumière des dispositions de l'art. 92 et des autres articles de la Constitution et que, quand cela est nécessaire, la portée apparente des mots employés peut être modifiée pour donner effet à la Constitution dans son ensemble.» Après avoir mentionné le partage de l'actif prévu par la partie VIII et la limitation expresse du pouvoir de taxation que contient l'art. 125, le juge Duff conclut à la p. 217: [TRADUCTION] «... on ne saurait prétendre que le Dominion peut, dans l'exercice des pouvoirs ... [conférés par l'art. 91], légiférer sans tenir compte des dispositions des art. 102 à 126.»

L'article 125 élève au rang de garantie constitutionnelle l'immunité des biens provinciaux contre la taxation. Etant une exception à la compétence générale en matière de taxation dont le par. 91(3) de la Constitution investit le Parlement fédéral, cet article rend inapplicable aux biens des provinces les lois fiscales fédérales adoptées en vertu du par. 91(3).

## B

While s. 125 restricts the federal taxing power, it does not limit the exercise of the other heads of power found in s. 91. Provincial Crown lands are not immune from the operation of Dominion laws made in exercise of competent authority affecting the use of such property. This proposition flows from the doctrine that laws "in relation to" a federal head of power may "affect" provincial jurisdiction or property.

Federal legislation which is in form taxation may yet be binding on a province if it is in substance and primarily enacted under another head of power. This was recognized in the *Johnny Walker* case. A majority of the judges in this Court (and the Privy Council [1924] A.C. 222) held that customs duties and other duties imposed by the Dominion of Canada could be levied upon alcoholic liquors imported by the Government of British Columbia for the purpose of sale, notwithstanding s. 125 of the *B.N.A. Act*. The rather brief judgment of Lord Buckmaster in the Judicial Committee refers to the legislative authority of Parliament with respect to both regulation of trade and commerce and the raising of money by any mode or system of taxation. The judgment is not entirely free of ambiguity. Lord Buckmaster said, at p. 225

The imposition of customs duties upon goods imported into any country may have many objects; it may be designed to raise revenue or to regulate trade and commerce by protecting native industries, or it may have the two-fold purpose of attempting to secure both ends; in either case it is a power reserved to the Dominion. It has not indeed been denied that such a general power does exist, but it is said that a breach is created in the tariff wall, which the Dominion has the power to erect, by s. 125, which enables goods of the Province or the Dominion to pass through, unaffected by the duties. But s. 125 cannot, in their Lordships' opinion, be so regarded. It is to be found in a series of sections which, beginning with s. 102, distribute as between the Dominion and the Province certain distinct classes of property, and confer control upon the Province with regard to the part allocated to them. But this does not exclude the operation of Dominion laws made in exercise of the authority

## B

Si l'article 125 restreint le pouvoir fédéral en matière de taxation, il ne limite pas pour autant l'exercice des autres pouvoirs énumérés à l'art. 91. Les terres de la Couronne appartenant aux provinces ne jouissent d'aucune immunité contre l'application de lois fédérales adoptées dans l'exercice légitime d'un pouvoir qui concerne l'utilisation de ces terres. Cela découle de la doctrine selon laquelle les lois «relatives» à un pouvoir fédéral peuvent «toucher» la compétence ou les biens d'une province.

Une loi fédérale qui revêt la forme d'une mesure fiscale peut néanmoins lier une province si elle est adoptée principalement et essentiellement en vertu d'un autre pouvoir fédéral. C'est ce qu'on a reconnu dans l'arrêt *Johnny Walker*. Cette Cour à la majorité (ainsi que le Conseil privé [1924] A.C. 222) a statué que, nonobstant l'art. 125 de l'*A.A.N.B.*, des spiritueux importés par le gouvernement de la Colombie-Britannique en vue de leur vente pouvaient être assujettis aux droits de douane et aux autres droits imposés par le Dominion du Canada. Dans les motifs assez brefs qu'il a rédigés pour le Comité judiciaire, lord Buckmaster fait mention du pouvoir législatif que détient le Parlement relativement à la réglementation des échanges et du commerce et au prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation. L'arrêt n'est pas tout à fait sans ambiguïté. Lord Buckmaster dit, à la p. 225:

[TRADUCTION] L'imposition de droits de douane sur les marchandises importées dans un pays peut viser plusieurs fins; elle peut être destinée à produire un revenu ou à réglementer les échanges et le commerce en protégeant les industries nationales, ou elle peut viser ces deux objets à la fois; dans l'un ou l'autre cas, ce pouvoir est réservé au Dominion. D'ailleurs, on n'a pas nié l'existence de ce pouvoir général; il est toutefois allégué que l'art. 125 ouvre, dans la barrière tarifaire que le Dominion est habilité à ériger, une brèche qui permet aux marchandises de la province ou du Dominion de passer sans être touchées par les droits en cause. Leurs Seigneuries estiment toutefois qu'on ne peut ainsi interpréter l'art. 125. Celui-ci fait partie d'une série d'articles qui, à commencer par l'art. 102, partagent entre le Dominion et les provinces certaines catégories distinctes de biens et confient aux provinces le contrôle de la part qui leur est attribuée. Mais cela n'exclut pas l'applica-

conferred by s. 91. The Dominion have *[sic]* the power to regulate trade and commerce throughout the Dominion, and, to the extent to which this power applies, there is no partiality in its operation. Sect. 125 must, therefore, be so considered as to prevent the paramount purpose thus declared from being defeated. [Emphasis added.]

Although the matter is equivocal we think the better view is that customs duties on imported goods were viewed by their Lordships as primarily supportable under Parliament's constitutional authority to regulate trade and commerce. The fiscal immunity of the provincial Crown could not prevail with respect to federal legislation founded upon a head of constitutional competence other than s. 91(3). In this Court, Duff J. had said, at p. 382:

The importance of the customs duties as an instrument for the regulation of external trade is too obvious to require comment . . .

I have no difficulty in point of legal construction in holding that this authority is given by sec. 91(2), that is to say that the authority to levy customs duties for trade purposes is embraced in the authority thereby conferred, "the regulation of trade and commerce". . . . The language used for defining the authority of the Dominion on the subject of taxation—the "raising of money by any mode or system of taxation"—seems to distinguish between taxation for trade purposes and taxation for the purpose of raising money. Since the imposition of customs duties (as being indirect taxation) is excluded from the provincial jurisdiction, the words of the last mentioned heading suggest that such duties except where imposed primarily at all events for purposes of revenue are treated as falling within the "ambit" of the power given to the Dominion in relation to "Trade and Commerce".

Many references can be made to the judgments on this point, but suffice it to refer to the argument of counsel on behalf of the Federal Government at p. 223 of the Privy Council decision wherein it was stated:

The imposition of duties upon goods imported into Canada is not "taxation" within the meaning of s. 125, but falls within "the regulation of trade and commerce" (head 2 of s. 91);

tion des lois fédérales adoptées dans l'exercice du pouvoir conféré par l'art. 91. Le Dominion a le pouvoir de réglementer les échanges et le commerce partout sur son territoire et, dans la mesure où ce pouvoir s'applique, cela se fait de façon impartiale. Il faut donc interpréter l'art. 125 de manière à empêcher que l'on fasse échec à cet objet prépondérant. [C'est nous qui soulignons.]

Malgré cette ambiguïté, nous estimons que le meilleur point de vue est celui selon lequel leurs Seigneuries ont jugé que les droits de douane sur les marchandises importées reposent principalement sur le pouvoir en matière de réglementation des échanges et du commerce que la Constitution confère au Parlement. L'immunité fiscale de la Couronne du chef de la province ne saurait prévaloir contre une loi fédérale fondée sur un paragraphe attributif de compétence constitutionnelle autre que le par. 91(3). Le juge Duff avait dit en cette Cour, à la p. 382:

[TRADUCTION] L'importance des droits de douane comme outil de réglementation du commerce extérieur est trop évidente pour qu'il soit nécessaire d'en parler . . .

Du point de vue de l'interprétation des lois, je conclus sans difficulté que le par. 91(2) confère ce pouvoir, c'est-à-dire que le pouvoir qui y est conféré en matière de «réglementation des échanges et du commerce», comprend celui d'établir des droits de douane aux fins du commerce . . . Le langage employé pour définir le pouvoir du Dominion en matière fiscale—le «prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxations»—semble faire la distinction entre la taxation aux fins du commerce et la taxation visant le prélèvement de deniers. Puisque l'imposition de droits de douane (en tant que taxe indirecte) ne relève pas de la compétence provinciale, la formulation du dernier pouvoir mentionné porte à croire que ces droits, sauf lorsqu'ils sont imposés d'abord et avant tout pour produire un revenu, sont considérés comme «relevant» du pouvoir conféré au Dominion relativement aux «échanges» et au «commerce».

On pourrait citer de nombreux arrêts sur ce point, mais il suffit de se reporter à l'argument mis de l'avant par l'avocat du gouvernement fédéral à la p. 223 de l'arrêt du Conseil privé. Suivant cet argument:

[TRADUCTION] L'imposition de droits de douane sur des marchandises importées au Canada n'est pas de la «taxation» au sens de l'art. 125, mais relève plutôt de «la réglementation des échanges et du commerce» (par. 91(2));



*Vide* also the judgment of this Court (1922), 64 S.C.R. 377, at p. 385.

We agree with Professor Hogg who, referring to s. 125, states at p. 413:

This provides an intergovernmental immunity from taxation, but only from taxation upon "lands or property belonging to Canada or any province". The section was held inapplicable in the *Johnny Walker* case, apparently because the Privy Council held that the customs duties were designed to regulate trade and commerce as well as to raise revenue. Since most taxes are levied with a view to their effects on the economy as well as their revenue yield, this reasoning seems unsatisfactory. However, if their lordships were regarding the customs legislation as primarily regulatory, then it is easier to understand not only why s. 125 did not apply, but also why the federal Parliament was held competent to tax the province.

LaForest, *ibid.* at p. 183, speaking of the *Johnny Walker* case, states: "section 125 was not meant to interfere with legislative authority other than the taxing power".

The essential question here is no different than in any other constitutional case: What is the "pith and substance" of the relevant legislation. If the primary purpose is the raising of revenue for general federal purposes then the legislation falls under s. 91(3) and the limitation in s. 125 is engaged. If, on the other hand, the federal government imposes a levy primarily for regulatory purposes, or as necessarily incidental to a broader regulatory scheme, such as the "adjustment levies" considered in *Reference respecting the Agricultural Products Marketing Act, R.S.C. 1970, s. A-7 et al.*, [1978] 2 S.C.R. 1198 or the unemployment insurance premiums in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355, then the levy is not in pith and substance "taxation" and s. 125 does not apply.

Voir aussi l'arrêt de cette Cour (1922), 64 R.C.S. 377, à la p. 385.

Nous partageons l'avis du professeur Hogg qui, au sujet de l'art. 125, affirme ce qui suit, à la p. 413:

[TRADUCTION] Cela crée donc une immunité intergouvernementale contre la taxation, mais seulement contre la taxation de toute «terre ou propriété appartenant au Canada ou à quelque province». Dans l'arrêt *Johnny Walker*, on a jugé l'article inapplicable, apparemment parce que, selon le Conseil privé, les droits de douane visaient à réglementer les échanges et le commerce et à produire un revenu. Etant donné qu'on établit la plupart des taxes en tenant compte aussi bien de leur effet sur l'économie que du revenu qu'elles peuvent rapporter, ce raisonnement ne paraît guère satisfaisant. Si toutefois leurs Seigneuries ont considéré la loi en matière douanière comme étant essentiellement une forme de réglementation, on comprend alors plus facilement non seulement pourquoi l'art. 125 ne s'applique pas, mais aussi pourquoi le Parlement fédéral a été jugé compétent pour taxer la province.

LaForest, *ibid.*, à la p. 183, affirme au sujet de l'arrêt *Johnny Walker*: [TRADUCTION] «l'article 125 ne devait porter atteinte à aucun autre pouvoir législatif que le pouvoir de taxation».

La question fondamentale en l'espèce ne diffère nullement de celle qui se pose dans toute autre affaire constitutionnelle: il s'agit de savoir quel est le «caractère véritable» de la loi pertinente. Si elle a comme objet principal de produire des revenus à des fins fédérales générales, alors elle relève du par. 91(3) et la restriction de l'art. 125 s'applique. Si, par contre, le gouvernement fédéral établit une taxe essentiellement à des fins de réglementation ou si cette taxe est indissociable d'une réglementation plus générale, comme c'est le cas des «contributions d'ajustement» dont il est question dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-7 et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1198, ou des primes d'assurance-chômage dans l'affaire *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355, il ne s'agit pas véritablement de «taxation» et l'art. 125 ne s'applique pas.

## VIII

Characterizing the proposed legislation

The first submission of the Attorney General of Canada is that the proposed tax is an export tax, analogous to the customs duties considered in the *Johnny Walker* case, and thus binding on the province. He argues that the tax is a tax on the export of natural gas from Canada, that a tax on export is a duty in the nature of a customs duty, and that a customs duty is not a tax on lands or property as those words are used in s. 125 of the *B.N.A. Act*. Accompanying this submission is the argument that the measure is supportable as being in relation to international trade. These arguments are allied since they can both be reduced to the assertion that the measure is not "taxation" and thus is not limited by s. 125.

In our view there is little, if anything, in the language of Bill C-57 to support the contention that the proposed tax is valid as being an export tax. The tax is not levied exclusively on exported gas. It is levied without differentiation, as to the rate of tax or otherwise, between exported gas and gas that is not exported. Section 25.1(2) does not, in terms, purport to impose a tax on gas that is exported from Canada. The proposed tax applies to the "receipt" of all marketable pipeline gas produced in Canada. It is the deemed receipt, and not export, that triggers liability.

It will be noted that in the Notice of Ways and Means Motion of October 28, 1980, the tax was described as one to be imposed directly on marketable pipeline "gas", whereas in Bill C-57, the tax is described as falling on the "receipt" of gas. The change in drafting might well be seen as a colourable attempt to legislate in a prohibited area under the guise of legislating in a permitted area.

In order to bring an exporter even within the ambit of the charging provisions the draftsman has had to give a contorted meaning to the word "distributor". By reason of the definition of "dis-

## VIII

La caractérisation de la loi proposée

Le procureur général du Canada prétend en premier lieu que la taxe proposée est une taxe sur les exportations qui est analogue aux droits de douane dont il est question dans l'arrêt *Johnny Walker* et qui s'applique donc à la province. Il fait valoir qu'il s'agit d'une taxe sur l'exportation de gaz naturel du Canada, qu'une taxe sur les exportations est une forme de droits de douane et que les droits de douanes ne constituent pas une taxe sur une terre ou propriété au sens de l'art. 125 de l'*A.A.N.B.* Le procureur général allègue en outre que la mesure se défend puisqu'elle se rapporte au commerce international. Ces arguments sont connexes puisqu'ils peuvent se réduire à dire qu'il ne s'agit pas de taxation et que cette mesure n'est donc pas limitée par l'art. 125.

A notre avis, il y a peu, pour ne pas dire rien, dans le projet de loi C-57 qui appuie la prétention selon laquelle la taxe proposée est valide à titre de taxe sur les exportations. La taxe ne frappe pas exclusivement le gaz exporté. Elle est imposée sans qu'on fasse de distinction, quant au taux ou à quelque autre égard, entre le gaz exporté et celui qui n'est pas exporté. Le par. 25.1(2), de par sa formulation, n'a pas pour objet d'imposer une taxe sur le gaz qui est exporté du Canada. La taxe proposée s'applique à la «réception» de tout le gaz commercialisable acheminé par pipeline produit au Canada. C'est la réception présumée, et non pas l'exportation, qui déclenche l'assujettissement.

On constate que, selon l'avis de motion des voies et moyens du 28 octobre 1980, la taxe devait être imposée directement sur le «gaz» commercialisable acheminé par pipeline, tandis qu'aux termes du projet de loi C-57, c'est la «réception» du gaz qui entraîne l'application de la taxe. On pourrait bien interpréter cette modification comme une tentative déguisée de légiférer dans un domaine interdit sous prétexte de le faire dans un domaine qui est du ressort fédéral.

Pour que les dispositions établissant la taxe s'appliquent même à un exportateur, le rédacteur a dû dénaturer le sens du mot «distributeur». En raison de la définition du mot «distributeur» qui figure au

tributor” in s. 25.1(1) and the “deeming” provision in s. 25.1(2) the Province of Alberta is deemed to be a “person who . . . carries on the business of selling marketable pipeline gas to consumers in Canada”, a patent legislative fiction.

It will be observed that the deeming provision only comes into play when no tax has previously been paid on the marketable pipeline gas that is exported. Thus, if marketable pipeline gas is first received by a distributor, so that the tax then becomes payable under s. 25.13(1), and if that gas is subsequently exported by that distributor, no further tax becomes payable as a consequence of export. In short, the act of export *per se* is irrelevant in terms of tax liability.

As the Attorney General of Saskatchewan submits, the deeming provision s. 25.1(2) is at the most an anti-avoidance device. It is a mechanism to ensure that tax will be paid by some person within Canada in the limited circumstances of gas exported from Canada under the authority of the *National Energy Board Act* upon which no tax has theretofore been paid.

A tax on the transit of goods from inside to outside the country may be imposed for the purpose of raising money or for the purpose of regulating trade or both. Even if the tax is aimed at export, provincial property is protected under s. 125 unless the federal legislation is regulatory. Thus, if the levy here in question were regarded as aimed at exports it would be necessary also, for the appeal to succeed, to conclude that it not be “taxation” in the sense of the foregoing discussion. There is to the proposed tax no aspect of the regulation of trade and commerce that would support its imposition under head 2 of s. 91 of the *B.N.A. Act*. For the reasons which follow, Bill C-57 should be regarded, in our view, as purely and simply a taxing measure, imposed for revenue purposes.

par. 25.1(1) et de la disposition «créant une présomption» qui figure au par. 25.1(2), la province de l'Alberta est réputée être une «personne qui . . . exploite une entreprise de vente, à des consommateurs au Canada, de gaz commercialisable acheminé par pipeline», ce qui est manifestement une fiction législative.

On constate que la disposition qui crée une présomption ne joue que lorsque aucune taxe n'a déjà été payée à l'égard du gaz commercialisable acheminé par pipeline qui est exporté. Donc, si c'est un distributeur qui reçoit le premier du gaz commercialisable acheminé par pipeline, de sorte que la taxe devient alors payable conformément au par. 25.13(1), et si ce gaz est par la suite exporté par le distributeur, aucune autre taxe ne devient payable par suite de l'exportation. Bref, l'exportation en soi n'a rien à voir avec l'assujettissement à la taxe.

Comme le fait valoir le procureur général de la Saskatchewan, la disposition qui crée une présomption au par. 25.1(2) vise tout au plus à empêcher l'évitement de la taxe. Elle est un moyen d'assurer le paiement de la taxe par quelqu'un au Canada dans le cas restreint où du gaz, relativement auquel aucune taxe n'a déjà été payée, est exporté du Canada en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*.

Une taxe sur le transport de marchandises de l'intérieur à l'extérieur du pays peut être imposée pour recueillir des deniers ou pour réglementer le commerce, ou à ces deux fins. Même si la taxe vise les exportations, les biens provinciaux jouissent de la protection de l'art. 125, à moins que la loi fédérale n'ait une fonction de réglementation. Donc, si on considérait que la taxe en question a pour objet les exportations, il serait également nécessaire, pour que le pourvoi soit accueilli, de conclure qu'il ne s'agit pas de «taxation» au sens de l'analyse qui précède. La taxe proposée ne comporte aucun aspect de la réglementation des échanges et du commerce, qui lui permet de s'appuyer sur le par. 91(2) de l'*A.A.N.B.* Pour les motifs suivants, nous estimons que le projet de loi C-57 doit être considéré purement et simplement comme une mesure fiscale destinée à produire un revenu.

A

The text of Bill C-57 contains no language to indicate that the tax is imposed as a regulatory device or to reduce or eliminate the export of natural gas. The tax is imposed in a uniform manner. It imposes a tax on all gas produced whether consumed outside or inside Alberta. It applies equally to distributors, local or national, to exporters, to consumers. It is recoverable from anyone who uses or sells natural gas.

It is urged upon this Court by counsel for the Attorney General of Canada that the statute finds its constitutional base in s. 91(2) (Trade and Commerce) of the *B.N.A. Act*, as well as s. 91(3) (Taxation by any Mode). The importance of the distinction between the one constitutional base and the other lies in the ultimate problem of discerning the relationship between the federal legislative powers under s. 91 and their exercise, and the presence in the Act of s. 125. As will be seen, there is nothing in Part IV.1 added to the *Excise Tax Act, supra*, by Bill C-57 which is any way regulates the flow of natural gas produced in Canada through interprovincial or international channels. It is not a conservation statute nor is it indeed a price regulating statute. It has nothing to do with the channels of industry into which the gas should be routed, as, for example, in replacement of electricity, coal or other sources of energy. In short, it is purely, as announced in the budget and *The National Energy Program 1980* a revenue raising measure. Even in this aspect, the tax is in no way aimed, as the expression was used by all parties before this Court, at the export sector of the natural gas industry. The Act incidentally taxes exports, but only by the indirect device of a deeming process.

In cases considering tax measures, it may be difficult to find a single "pith and substance" of legislation. A fiscal instrument may be chosen precisely because it can kill two birds with one stone, regulating the industry while raising reve-

A

Rien dans le texte du projet de loi C-57 n'indique que la taxe est imposée comme moyen de réglementation ou dans le but de réduire ou d'éliminer les exportations de gaz naturel. La taxe s'applique de façon uniforme à tout le gaz naturel produit, peu importe qu'il soit consommé à l'extérieur ou à l'intérieur de l'Alberta. Elle frappe de manière égale les distributeurs, locaux ou nationaux, les exportateurs et les consommateurs. Toute personne qui utilise ou vend le gaz naturel est tenue de la payer.

L'avocat du procureur général du Canada soutient en cette Cour que le fondement constitutionnel de la loi se trouve dans le par. 91(2) (échanges et commerce) et le par. 91(3) (taxation par tous modes) de l'*A.A.N.B.* L'importance de la distinction entre ces deux fondements constitutionnels tient au problème fondamental de discerner le rapport qui existe entre, d'une part les pouvoirs législatifs fédéraux énumérés à l'art. 91 et leur exercice, et d'autre part la présence de l'art. 125 dans l'Acte. Comme nous allons le voir, rien dans la Partie IV.1 que le projet de loi C-57 ajoute à la *Loi sur la taxe d'accise*, précitée, n'a pour effet de réglementer de quelque façon l'acheminement interprovincial ou international du gaz naturel produit au Canada. Il ne s'agit pas d'une loi en matière de conservation ni même d'une loi qui réglemente les prix. Elle n'a rien à voir avec les débouchés industriels du gaz, par exemple, comme moyen de remplacer l'électricité, le charbon ou d'autres sources d'énergie. Bref, il s'agit purement, comme l'annoncent le budget et *Le Programme énergétique national 1980*, d'une mesure destinée à produire un revenu. Encore là, la taxe ne vise aucunement, pour reprendre l'expression employée par toutes les parties en cette Cour, le secteur des exportations de l'industrie du gaz naturel. La Loi impose de façon accessoire une taxe sur les exportations, mais seulement indirectement au moyen d'une disposition qui crée une présomption.

Lorsqu'il est question de mesures fiscales, il peut être difficile de trouver dans une loi un seul «caractère véritable». Une mesure fiscale peut être choisie précisément parce qu'elle peut faire d'une pierre deux coups, c'est-à-dire réglementer une

nue. The legislation may have, in the argot of the cases, a "double aspect". A subject which in one aspect and for one purpose may fall within one constitutional head of power may in another aspect and for other purposes fall within another head: see *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.) at p. 130. This is perhaps just another way of saying that a measure is supportable under two different heads of power. In most cases, it is enough to place a matter within either s. 91 or s. 92. The concept of a "double aspect" therefore finds currency in cases dealing with a federal power on one hand, and a provincial power on the other; see for example cases on highway traffic offences: *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238. It is seldom necessary to assign a particular head of power if a matter clearly falls within several heads of s. 91 or s. 92. In the present case, however, a specific assignment is necessary. This is because s. 125 is by its terms addressed only to s. 91(3), the power of taxation. It does not attenuate federal power to legislate under other heads in s. 91, such as "trade and commerce".

Such an analysis will not save a tax which is in pith and substance only a revenue-raising mechanism, but which may exhibit ancillary regulatory characteristics. This leads one to consider the intended or anticipated effect of the proposed tax, its place in *The National Energy Program 1980* and how it relates to other federal legislation affecting the natural gas industry.

*The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., (1944 revised with corrections 1973) defines "to regulate" as "To control, govern, or direct by rule or regulations; to subject to guidance or restrictions . . . To adjust, in respect of time, quantity, etc., with reference to some standard or purpose". In relation to "regulation of trade and commerce", this definition and common sense would suggest a restraint upon or channelling of economic behaviour in pursuit of policy goals. The

industrie tout en produisant un revenu. La loi peut revêtir, pour reprendre l'expression utilisée dans les arrêts, un «double aspect». Une matière qui, à un égard et à une fin, relève d'un pouvoir constitutionnel peut, à un autre égard et à d'autres fins, relever d'un autre pouvoir: voir l'arrêt *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), à la p. 130. Ce n'est peut-être là qu'une autre façon de dire qu'une mesure peut s'appuyer sur deux pouvoirs distincts. Dans la plupart des cas, cela est suffisant pour qu'une question relève soit de l'art. 91, soit de l'art. 92. La notion du «double aspect» se rencontre donc couramment dans les arrêts où il est question d'un pouvoir fédéral d'une part et d'un pouvoir provincial d'autre part; voir par exemple les arrêts portant sur des infractions à un code de la route: *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. La Reine*, [1966] R.C.S. 238. Il est rarement nécessaire, si une affaire relève manifestement de plusieurs pouvoirs énoncés à l'art. 91 ou à l'art. 92, de lui appliquer un pouvoir particulier. C'est toutefois ce qu'il faut faire en l'espèce. Cela s'explique par le fait que l'art. 125, de par sa formulation, ne vise que le pouvoir de taxation conféré par le par. 91(3). L'article 125 ne réduit nullement le pouvoir fédéral de légiférer dans les autres domaines énumérés à l'art. 91, comme celui «des échanges et du commerce».

On ne saurait par une telle analyse légitimer une taxe qui n'est véritablement qu'une mesure destinée à produire un revenu, mais qui peut, de façon accessoire, présenter les caractéristiques d'une réglementation. Cela nous amène à un examen de l'effet voulu ou prévu de la taxe proposée, de son rôle dans *Le Programme énergétique national 1980* et de son rapport avec d'autres lois fédérales touchant l'industrie du gaz naturel.

*The Shorter Oxford English Dictionary*, 3<sup>e</sup> éd., (1944, révisé avec corrections 1973) définit ainsi le verbe «to regulate» (réglementer): [TRADUCTION] «contrôler, régir ou diriger au moyen de règles ou de règlements; soumettre à une directive ou à des restrictions . . . Ajuster, quant à la durée, à la quantité, etc., par rapport à une norme ou à un objet quelconque». Appliqués à la «réglementation des échanges et du commerce», cette définition et le bon sens laisseraient supposer une limitation ou

proposed tax in this case, when viewed in light of other legislation touching the natural gas industry, has no such regulatory effect on behaviour. By its very comprehensiveness, the tax belies any purpose of modifying or directing the allocation of gas to particular markets. Nor does the tax purport to regulate who distributes gas, how the distribution may occur, or where the transactions may occur.

It might be said that in a free market, a general tax touching all natural gas would either lead to an increase in the price charged for gas, or if that is impossible a shifting of money and effort out of a less profitable natural gas production industry into other industries. In a word, either the consumption or production of natural gas could be discouraged. There could be valid policy reasons for such discouragement, and excise taxes have often been justified on bases apart from revenue generation: see Broadway and Kitchen, *Canadian Tax Policy*, Canadian Tax Paper No. 63, (1980) at pp. 201 ff. The application of differential rates of taxation, for example, might reveal a regulatory or directive purpose. Yet in the present case, no such purpose or justification is advanced. Nor has the federal government expressed any desire to create disincentives to gas production or distribution. The proposed tax was not argued to be a conservation measure.

The quantity, movement and price of natural gas are carefully regulated under the present legislation and remain unaffected by the tax. The *Petroleum Administration Act*, S.C. 1974-75-76, c. 47, and the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-6, together provide a complete scheme for the regulation of the export of natural gas. The volume of gas authorized for export as well as its price are established by orders pursuant to those Acts. *The National Energy Program 1980* notes that trade in the major forms of energy has been closely regulated by federal agencies for many years (No.1). The effect of the tax is to reduce the

canalisation du comportement économique en vue de réaliser des objectifs fixés par le gouvernement. La taxe proposée en l'espèce, considérée en fonction d'autres lois applicables à l'industrie du gaz naturel, ne comporte pas cet effet de réglementation sur le comportement. La portée même de la taxe la rend incompatible avec toute intention de modifier ou de régir la distribution du gaz sur des marchés précis. La taxe n'a pas non plus pour effet de déterminer qui peut distribuer le gaz, comment la distribution peut s'effectuer ou l'endroit où les opérations peuvent avoir lieu.

On pourrait dire que, dans un marché libre, une taxe générale sur tout le gaz naturel entraînerait une majoration du prix du gaz ou, si cela est impossible, un transfert à d'autres industries des fonds et des efforts consacrés à une industrie de production de gaz naturel devenue moins rentable. En un mot, cela pourrait décourager soit la consommation soit la production de gaz naturel. Cette situation pourrait se justifier par des motifs valables d'intérêt public, et les taxes d'accise ont souvent eu d'autres raisons d'être que celle de produire un revenu: voir Broadway et Kitchen, *Canadian Tax Policy*, Canadian Tax Paper No. 63, (1980), aux pp. 201 et ss. L'application de taux de taxation différentiels, par exemple, pourrait refléter une intention de réglementer ou de guider. Pourtant, on ne soumet en l'espèce aucune intention ou justification de ce genre. Le gouvernement fédéral n'a pas non plus exprimé la volonté de décourager la production ou la distribution de gaz. On ne prétend pas que la taxe constitue une mesure de conservation.

Les textes législatifs actuellement en vigueur réglementent de façon minutieuse la quantité, le transport et le prix du gaz naturel, et la taxe n'a aucune incidence sur ces sujets. La *Loi sur l'administration du pétrole*, S.C. 1974-75-76, chap. 47 et la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, chap. N-6, fournissent ensemble un régime complet de réglementation de l'exportation du gaz naturel. Des ordonnances rendues en application de ces lois fixent le volume de gaz qui peut être exporté et son prix. On fait remarquer dans *Le Programme énergétique national 1980* que les échanges des principaux types d'énergie sont étroi-

revenue or "net backs" received by producers or marketers of natural gas.

## B

In our view, it assists to examine in more detail other legislation bearing on the taxation and regulation of the natural gas industry by the Government of Canada. That Government determines the volume of natural gas to be exported from the country as well as the price at which such exported gas shall be sold: *National Energy Board Act, supra*, and *National Energy Board Part VI Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1056. Under that legislation, and those regulations, the National Energy Board, acting in the national interest, regulates the disposition of natural gas when it enters the channels of interprovincial and international trade. None of the sections of Bill C-57 appears to have any relationship with the operation of the *National Energy Board Act*, and the regulations thereunder, as they purport to regulate the gas production and marketing industry in Canada.

Parts III, IV, and VI of the *National Energy Board Act*, and related regulations should be noted. Part III is entitled "Certificates of Public Convenience and Necessity" and gives the Board near total control of the capital assets used in the transport of natural gas. An equivalent control over financial operations within the gas industry is provided in Part IV, entitled "Traffic, Tolls and Tariffs". Regulation of the movement of gas is achieved by Part VI, "Exports and Imports". Section 81 places a blanket prohibition on all gas export or import, subject to the Board's relieving power. By s. 82, the Board is empowered to issue export and import licences. The terms and conditions of these licences are fleshed out by regulation: C.R.C. 1978, c. 1056, as amended. Under these regulations, the quantity of export and import is dictated by the Board (s. 12).

tement réglementés depuis plusieurs années par des organismes fédéraux (n° 1). La taxe a pour effet de réduire les recettes ou les «revenus nets» que touchent les producteurs de gaz naturel ou ceux qui le commercialisent.

## B

A notre avis, il est utile d'examiner de façon plus détaillée les autres textes législatifs ayant trait à la taxation et à la réglementation de l'industrie du gaz naturel par le gouvernement du Canada. Ce dernier fixe la quantité de gaz naturel à être exporté du pays ainsi que le prix de vente du gaz exporté: *Loi sur l'Office national de l'énergie*, précitée, et *Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI)*, C.R.C. 1978, chap. 1056. Aux termes de cette loi et de ce règlement, l'Office national de l'énergie, agissant dans l'intérêt national, réglemente la manière de disposer du gaz naturel lorsqu'il est mis sur le marché interprovincial ou international. Aucun article du projet de loi C-57 ne semble avoir de rapport ni avec la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ni avec son règlement d'application, dans la mesure où ceux-ci ont pour effet de réglementer l'industrie de la production et de la commercialisation du gaz au Canada.

Il convient de porter notre attention sur les parties III, IV et VI de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et sur les règlements correspondants. La partie III s'intitule «Certificats de commodité et nécessité publiques» et confère à l'Office une autorité quasi totale sur l'actif immobilisé utilisé pour le transport du gaz naturel. La partie IV, intitulée «Mouvement, droits et tarifs», lui confère une autorité semblable sur les opérations financières dans l'industrie gazière. Quant à la partie VI, qui a pour titre «Exportations et importations», elle réglemente le transport du gaz. L'article 81 interdit toute exportation ou importation de gaz, sous réserve du pouvoir de l'Office d'accorder des dispenses. Aux termes de l'art. 82, l'Office peut délivrer des licences d'exportation et d'importation. Les modalités de délivrance de ces licences sont énoncées par voie de règlement: C.R.C. 1978, chap. 1056, modifié. Suivant ce règlement, c'est l'Office qui fixe la quantité des exportations et des importations (art. 12).

Parallel regulation is provided in the *Petroleum Administration Act, supra*. Part III of that Act, entitled "Domestic Gas Price Restraint", provides for the setting of a uniform price for all gas entering interprovincial or international trade. This is achieved by the various regulations found at C.R.C. 1978, chapters 1259 and 1261, and SOR/80-823.

When viewed in the context of this all-embracing scheme to control the natural gas industry, the present tax is clearly not a "regulatory tool" in itself. Every major aspect of the industry is already subject to licencing, prohibitions, orders and so on. On a plain reading of Bill C-57 it is manifest that the proposed tax adds nothing to the existing structure of regulation, save revenue. An argument may be made that the tax is ancillary to the omnibus scheme for use of natural gas in the economy but, in pith and substance, it remains "taxation" and not "regulation of trade and commerce". The title to Bill C-57—"An Act to amend the Excise Tax Act and the Excise Act to provide for a revenue tax in respect of petroleum and gas"—confirms this characterization.

Although characterization must rest essentially upon the language of the proposed enactment and what can be drawn therefrom, we have, in this instance, the complementary and explanatory materials which have been alluded to earlier. Even the most cursory reading of *The National Energy Program 1980* and in particular the passages quoted, leaves no doubt as to the thrust of the proposed new taxes. The language is clear, unambiguous, emphatic. Revenue sharing arrangements in Canada are "extraordinarily unfavourable to the national government" (No. 4); the "effort to support the economy has left the national government's fiscal position badly weakened" (No. 5); one provincial government enjoys most of windfall, "upside" appreciation accruing from the increase in price of domestic petroleum (No. 6); the "Government of Canada must have a reasonable share of revenues from oil and gas production" (No. 6); the national government must gain access to the funds it needs (No. 8); the Program "will create a

La *Loi sur l'administration du pétrole*, précitée, fournit une réglementation parallèle. La partie III de cette loi, intitulée «Contrôle des prix du gaz canadien», prévoit l'établissement de prix uniformes pour tout le gaz mis sur le marché interprovincial ou international. Les divers règlements qui se trouvent à C.R.C. 1978, chap. 1259 et 1261 et à DORS/80-823 assurent la réalisation de cette uniformité.

Vue dans le contexte de cette réglementation globale de l'industrie du gaz naturel, la taxe dont il est question en l'espèce ne constitue manifestement pas en soi un «outil de réglementation». Tous les aspects importants de l'industrie font déjà l'objet de licences, de prohibitions, d'ordonnances, etc. Il est évident à la lecture du projet de loi C-57 que la taxe proposée n'ajoute rien au système actuel de réglementation, si ce n'est un revenu. On peut prétendre que la taxe est accessoire au programme global d'utilisation du gaz naturel dans l'économie, mais il reste qu'elle constitue véritablement de la «taxation» et non de la «réglementation des échanges et du commerce», ce que confirme le titre du projet de loi C-57—«Loi modifiant la Loi sur la taxe d'accise et la Loi sur l'accise et prévoyant un impôt sur les revenus pétroliers».

Bien que la caractérisation doive reposer essentiellement sur le langage de la loi proposée et les conclusions que l'on peut en tirer, nous disposons en l'espèce des documents complémentaires et explicatifs dont nous avons déjà fait mention. Même la lecture la plus superficielle du document intitulé *Le Programme énergétique national 1980*, et particulièrement des passages précités, ne laisse planer aucun doute quant à la portée des nouvelles taxes proposées. Il est rédigé en termes clairs et nets. Le mode de répartition des recettes au Canada est «exceptionnellement défavorable au gouvernement national» (n° 4); les «efforts déployés pour soutenir l'économie ont sensiblement affaibli la situation financière du gouvernement national» (n° 5); un gouvernement provincial bénéficie en majeure partie des hausses, c'est-à-dire les recettes apportées par la hausse des prix intérieurs du pétrole (n° 6); le «gouvernement du Canada doit recevoir une part raisonnable des recettes tirées de la production de pétrole et de gaz» (n° 6); le



framework for more balanced revenue sharing between the producing provinces . . . and the Government of Canada, which has a national claim . . . to a share of the industry's revenues" (No. 9); "Another source of revenue is needed. The Government of Canada will, therefore, impose a new natural gas and gas liquids tax" (No. 13).

*The National Energy Program 1980* deplors the absence of any "legislatively-defined arrangements under this Act [the *British North America Act*] for the sharing of revenue arising from the exploitation of natural resources, including petroleum" (No. 3). It is this very absence that in our view renders the proposed tax invalid in respect of provincially-owned natural gas.

## C

Section 125 provides, in broad terms, that no lands or property of the federal or provincial Crown shall be "liable to taxation". The purpose of this immunity, as we have seen, is to prevent one level of government from appropriating to its own use the property of the other, or the fruits of that property. This immunity would be illusory if it applied only to taxes "on property" but not to a tax on the Crown in respect of a transaction affecting its property or, on the transaction itself. The immunity would be illusory since, by the simple device of framing a tax as "*in personam*" rather than "*in rem*" one level of government could with impunity tax away the fruits of property owned by the other. The fundamental constitutional protection framed by s. 125 cannot depend on subtle nuances of form.

In the present case the subject matter of the tax is the property of the provincial Crown, whether one speaks in terms of taxing property or taxing the Crown in respect of property or taxing a transaction relative to Crown property. If the

gouvernement national doit avoir accès aux ressources financières nécessaires (n° 8); le Programme «instaurera le cadre d'un partage plus équilibré des recettes entre les provinces productrices . . . et le gouvernement du Canada, qui peut légitimement prétendre . . . à une part des recettes pétrolières et gazières» (n° 9); «Ce dernier aura besoin d'une source de recettes. Le gouvernement du Canada imposera donc une nouvelle taxe sur le gaz naturel et les liquides extraits du gaz naturel» (n° 13).

Dans *Le Programme énergétique national 1980*, on déplore l'absence dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* d'un «mode de répartition des recettes provenant de l'exploitation des ressources naturelles, dont le pétrole» (n° 3). C'est précisément cette absence qui, à notre avis, rend la taxe proposée invalide dans la mesure où elle s'applique au gaz naturel appartenant à la province.

## C

L'article 125 stipule, de façon générale, que nulle terre ou propriété appartenant à la Couronne du chef du Canada ou d'une province ne sera «sujette à taxation». Cette immunité, comme nous l'avons déjà constaté, vise à empêcher un palier de gouvernement de s'approprier, pour son propre usage, les biens de l'autre palier de gouvernement ou les fruits de ces biens. Cette immunité serait illusoire si elle s'appliquait uniquement aux taxes «sur les biens» et non à une taxe qui frappe la Couronne relativement à une opération touchant ses biens ou à une taxe sur l'opération elle-même. L'immunité serait illusoire puisque, simplement en adoptant une formulation qui crée une taxe «*in personam*» au lieu d'une taxe «*in rem*», un palier de gouvernement pourrait impunément, au moyen de cette taxe, enlever à l'autre palier de gouvernement les fruits provenant des biens de ce dernier. La protection fondamentale qu'offre l'art. 125 de la Constitution ne peut pas reposer sur des nuances subtiles en ce qui concerne la forme.

En l'espèce, la taxe s'applique aux biens de la Couronne du chef de la province, peu importe que l'on parle d'une taxe sur les biens, d'une taxe qui frappe la Couronne relativement à ses biens ou d'une taxe sur une opération relative aux biens de

exemption protects the “gas”, the “receipt” of the gas does not fall outside the exemption. Of course, as Lord Reid observed in *Bennett & White (Calgary) Ltd. v. Municipal District of Sugar City No. 5*, [1951] A.C. 786, at p. 817 “no tax literally falls on ‘property’ only as opposed to ‘persons’”. All taxes are physically paid by persons. The substance of the matter is an attempt to exact a tax from the provincial Crown in respect of its property. That property is being made “liable to taxation” within the meaning of s. 125. See *Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Railway Company, et al.*, [1953] A.C. 594, in which Viscount Simon quoted at p. 616, with approval, what had been said in this Court by Kellock J.:

Their Lordships agree with the view of the majority of the Supreme Court that in the present instance the tax in question is imposed upon the owner of things which he is using in his business. As Kellock J. observed: “It would be an extraordinary result if the proper interpretation of this exemption were to be said to be that while taxes imposed upon the owner in respect of his ownership of these things fall within the exemption, nevertheless taxes imposed upon the owner in respect of his use of the same items do not.”

In Abel, *Laskin’s Canadian Constitutional Law*, 4th ed. revised, (1975), at p. 742, it is said:

Section 125 in terms deals only with taxes charged on lands or property and not with “personal” taxes. But, it probably also covers taxation on the Crown in right of the Dominion or of a province in respect of lands or property in which the Crown has an interest. In other words, it ought reasonably to be construed as giving immunity from a tax charged on Crown property or on the Crown itself in respect of its interest in such property.

The Attorney General of Canada argues that the Province of Alberta voluntarily entered into the business of searching for and producing natural gas; tax is payable by the Province as a result of having embarked on a commercial activity as an ordinary trader. In the Court below the Attorney

la Couronne. Si l’exemption s’applique au «gaz», elle s’applique également à la «réception» du gaz. Bien sûr, comme le fait remarquer lord Reid dans l’arrêt *Bennett & White (Calgary) Ltd. v. Municipal District of Sugar City No. 5*, [1951] A.C. 786, à la p. 817, [TRADUCTION] «il n’est pas de taxe qui ne frappe littéralement que les «biens» par opposition aux «personnes»». Ce sont toujours des personnes qui paient les taxes. Il s’agit essentiellement en l’espèce d’une tentative d’exiger le paiement par la Couronne du chef de la province d’une taxe sur sa propriété. On rend cette propriété «sujette à taxation» au sens de l’art. 125. Voir *Attorney-General for Saskatchewan v. Canadian Pacific Railway Company, et al.*, [1953] A.C. 594, où le vicomte Simon cite et approuve, à la p. 616, ce qu’avait dit le juge Kellock en cette Cour:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries partagent l’avis, exprimé par la Cour suprême à la majorité, suivant lequel il s’agit en l’espèce d’une taxe imposée au propriétaire d’articles dont il se sert dans le cours de son entreprise. Comme l’a fait remarquer le juge Kellock: «On arriverait à un résultat extraordinaire s’il fallait que la juste interprétation de cette exemption soit que même si les taxes imposées au propriétaire relativement à sa possession de biens-fonds entrent dans le cadre de l’exonération prévue, les taxes imposées au propriétaire relativement à son utilisation de ces mêmes biens n’y entrent pas.»

Dans Abel, *Laskin’s Canadian Constitutional Law*, 4<sup>e</sup> éd. révisée, (1975), à la p. 742, on trouve ce qui suit:

[TRADUCTION] L’article 125, de par sa formulation, ne vise que les taxes imposées sur des terres ou sur des biens et non pas les taxes «personnelles». Il est toutefois probable qu’il s’applique également à la taxation de la Couronne du chef du Dominion ou du chef d’une province relativement aux terres ou aux biens sur lesquels la Couronne détient un droit. En d’autres termes, selon une interprétation raisonnable, l’article 125 accorde une immunité contre toute taxe frappant les biens de la Couronne ou la Couronne elle-même relativement à son droit sur ces biens.

Le procureur général du Canada fait valoir que la province de l’Alberta s’est volontairement lancée dans l’exploration et la production de gaz naturel; et puisque la province a entrepris une activité commerciale à titre de commerçant ordinaire, elle est assujettie à la taxe. En Cour d’appel, le procu-

General of Canada conceded that while *in situ* natural gas belonging to the province is protected from taxation. His argument therefore amounts to this. So long as the gas remains in the ground it is free of tax but as soon as the Crown seeks to realize on the asset in the public interest, the federal Parliament may tax at will the proceeds of the disposition of the resource. We do not think s. 125 is to be so interpreted, nor the protection of the section so readily lost.

Counsel for the Attorney General of Canada cited United States authorities concerning the taxation by the United States federal government of certain "undertakings" by state governments (*New York v. United States* (1945), 326 U.S. 572). The exemption of the state from federal taxation in that country comes not as a result of an express constitutional provision analogous to s. 125 but rather was brought about by judicial decision interpreting constitutional relations at large. These decisions are, of course, wholly inapplicable here and simply serve to show how much stronger is the provincial position in the constitutional issue before us founded, as the provincial exemption is, upon an express constitutional provision, s. 125.

The allocation in 1930, by agreement and constitutional amendment, of property to the Crown in the right of the Province of Alberta necessarily carries with it the right of the province to the proceeds of disposition—in the words of Duff J. to "enjoy the fruits of that property". The resources were intended to be an important source of revenue, indeed the basis of the provincial financial integrity, and therefore must be capable of realization. Some activity must accompany any disposal. The immunity is not lost merely because the Province of Alberta was engaged in the simple removal and transportation of natural gas in its natural unprocessed state. Water and certain impurities were removed somewhere between the wellhead and the international boundary. It is clear that the natural gas was not processed or combined in any way with any other material. At the border the gas

reux général du Canada a reconnu que tant qu'il demeure *in situ*, le gaz naturel appartenant à la province jouit d'une immunité contre la taxation. Son argument se résume donc à ceci: tant que le gaz reste dans la terre, il est exempt de taxe, mais dès que la Couronne essaie, dans l'intérêt public, de réaliser cet élément d'actif, le Parlement fédéral peut taxer à volonté le produit de l'aliénation de cette ressource. Nous n'estimons pas que l'art. 125 puisse être ainsi interprété, pas plus que la protection fournie par cet article puisse être si facilement perdue.

L'avocat du procureur général du Canada a cité des arrêts américains concernant la taxation par le gouvernement fédéral des États-Unis de certaines [TRADUCTION] «entreprises» du gouvernement de certains États (*New York v. United States* (1945), 326 U.S. 572). L'exemption de taxation fédérale dont jouit chaque État américain résulte non pas d'une disposition constitutionnelle expresse analogue à l'art. 125, mais plutôt d'arrêts judiciaires interprétant les relations constitutionnelles en général. Ces arrêts sont évidemment tout à fait inapplicables en l'espèce et ne servent qu'à démontrer que la position de la province, au regard de la question constitutionnelle dont nous sommes saisis, est d'autant plus solide que l'exemption provinciale est fondée sur une disposition constitutionnelle expresse, en l'occurrence l'art. 125.

L'attribution de biens à la Couronne du chef de la province de l'Alberta, effectuée en 1930 par voie de convention et de modification constitutionnelle, comporte nécessairement le droit de la province au produit de leur aliénation, c'est-à-dire, pour reprendre les mots du juge Duff, le droit de "[jouir] des fruits de ces biens". Les ressources devaient constituer une source importante de revenus, le fondement même de l'intégrité financière de la province, et il doit donc être possible de les réaliser. Toute aliénation comporte nécessairement certaines opérations. La province de l'Alberta ne perd pas son immunité du simple fait qu'elle se soit livrée à l'extraction et au transport du gaz naturel à l'état brut. L'eau et certaines impuretés ont été enlevées quelque part entre la tête de puits et la frontière internationale. Il est évident que le gaz naturel n'a été ni traité ni mélangé de quelque

was delivered to the United States buyer. It can hardly be said that the Province was in the 'business' of processing natural gas. It was simply selling its property in its natural and deliverable state and to which property the Province undoubtedly has the sole and absolute title.

### Conclusion

It is important to recognize and indeed to emphasize that we are here dealing with the taxation of natural gas, or were we to accept the Attorney General for Canada's characterization, the taxation of either the movement of natural gas or a transaction involving a specific resource, *i.e.* natural gas. Irrespective of the characterization given, the title to the natural gas is clearly in the Province. We are not concerned with the taxation or regulation of the provision of a service by a province or with the conduct by a province of business which incidentally concerns the consumption of a resource property. Considerations which might concern a court in any or all of these other matters are of no application in the application of s.125 to legislation in the form of the proposed Part IV.1 of the *Excise Tax Act, supra*.

The two questions posed in the Reference do not lend themselves to individual affirmative or negative answers but rather must be answered in substance:

1. Bill C-57 is not an exercise of the trade and commerce function under s. 91(2) by the Parliament of Canada; it is in pith and substance taxation.
2. Section 91(3) must be subordinated to the express provisions of s. 125;
3. *The British North America Act, 1930*, places the ownership position of the Province of Alberta not lower than that enjoyed by the original provinces under s. 109 and therefore, where s. 125 is applicable, the province is fully entitled to the benefits of its protection;
4. Therefore, s. 25.13(1) is *ultra vires* with respect to the interests of the Province of Alber-

façon avec une autre substance. L'acheteur américain a pris livraison du gaz à la frontière. On ne peut guère prétendre que la province a exploité une «entreprise» de traitement de gaz naturel. Elle n'a fait que vendre son bien à l'état brut et livrable, et il ne fait aucun doute que la province détient un droit exclusif et absolu sur ce bien.

### Conclusion

Il est important de reconnaître et, en fait, de souligner qu'il s'agit en l'espèce de la taxation du gaz naturel ou, si on accepte la caractérisation que lui prête le procureur général du Canada, de la taxation soit du transport du gaz naturel, soit d'une opération portant sur une ressource précise, *c.-à-d.* le gaz naturel. Peu importe la caractérisation, c'est évidemment la province qui a la propriété du gaz naturel. Il n'est pas question ici de la taxation ou de la réglementation d'un service fourni par une province, pas plus que de l'exploitation par une province d'une entreprise liée, de façon accessoire, à la consommation d'une ressource. Des considérations qui pourraient préoccuper une cour dans ces circonstances sont inutiles pour ce qui est de l'application de l'art. 125 à un texte législatif comme le projet de partie IV.1 de la *Loi sur la taxe d'accise*, précitée.

Les deux questions formulées dans le renvoi ne se prêtent pas en soi à des réponses affirmatives ou négatives, mais plutôt à une réponse sur le fond:

1. Par le projet de loi C-57, le Parlement du Canada n'exerce pas une fonction relative aux échanges et au commerce en vertu du par. 91(2); le caractère véritable du projet de loi est la taxation.
2. Le paragraphe 91(3) doit être assujéti aux dispositions expresses de l'art. 125.
3. La situation de propriétaire que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930* accorde à la province de l'Alberta n'est pas inférieure à celle dont bénéficient les provinces originaires en vertu de l'art. 109 et, partant, lorsque l'art. 125 s'applique, la Province a tout à fait droit de tirer profit de sa protection.
4. Par conséquent, le par. 25.13(1) est *ultra vires* pour ce qui est des droits de la

ta as the owner, and deemed distributor under s. 25.1(2), of the gas in question.

*Appeal dismissed, LASKIN C.J. and MCINTYRE and LAMER JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the Attorney General of Alberta: W. Hénkel, Edmonton.*

*Solicitor for the Independent Petroleum Association of Canada: J. M. Robertson (Fenerty, Robertson, Fraser & Hatch), Calgary.*

province de l'Alberta en tant que propriétaire, et distributeur présumé en vertu du par. 25.1(2), du gaz en question.

*Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges MCINTYRE et LAMER sont dissidents.*

*Procureur de l'appellant: Roger Tassé, Ottawa.*

*Procureur du procureur général de l'Alberta: W. Henkel, Edmonton.*

*Procureur de l'Association pétrolière indépendante du Canada: J. M. Robertson (Fenerty, Robertson, Fraser & Hatch), Calgary.*

**Andrew Hawrish** *Appellant*;

and

**Ray Peters, Raymond N. Resky, Fred L. Dunbar and Harold J. Russell** *Respondents*.

File No.: 16294.

1982: April 28; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Limitation of actions — Action to recover from co-sureties — Date that right to call for contributions from co-sureties arose — The Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, c. 84, s. 3.*

Appellant commenced this action to recover contributions from two sureties for a bank debt of a third party. The debt had been retired by appellant, through payments made between April 1, 1970 and May 4, 1972, following a decision of the Saskatchewan Court of Appeal, made July 18, 1967 and affirmed here on January 28, 1969, finding appellant liable. Appellant paid more than his *pro rata* share of the debt on June 2, 1970. The writ in this action was issued January 17, 1975.

The issue before this Court was when did the right of a surety to call for contributions arise. The trial judge ruled and the Court of Appeal affirmed that *The Limitation of Actions Act* began to run from the date judgment was rendered against appellant.

*Held:* The appeal should be allowed.

The action was not statute-barred by *The Limitation of Actions Act*. The right of a surety to bring an action against his co-sureties arose when the surety paid any sum beyond his share of the debt. Where the plaintiff seeks a declaratory order *in futuro* relating to the obligation of a co-surety, the limitation period runs from the date of the ascertainment of liability, which occurs when the last right of appeal has expired. In this case, that date was January 28, 1969, less than six years prior to the issuance of the writ.

The proceedings must be referred back to the trial court for a determination on the merits.

**Andrew Hawrish** *Appelant*;

et

**Ray Peters, Raymond N. Resky, Fred L. Dunbar et Harold J. Russell** *Intimés*.

N° du greffe: 16294.

1982: 28 avril; 1982: 23 juin.

*b* Présents: Les juges Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*c* *Prescription — Action en recouvrement contre les cofidésusseurs — Date à laquelle le droit d'action en contribution contre les cofidésusseurs prend naissance — The Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, d chap. 84, art. 3.*

L'appelant a intenté la présente action pour obtenir la contribution de deux cautions d'une dette bancaire d'un tiers. L'appelant a éteint la dette par des paiements faits entre le 1<sup>er</sup> avril 1970 et le 4 mai 1972, après un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan rendu le 18 juillet 1967, confirmé en cette Cour le 28 janvier 1969, selon lequel l'appelant était obligé de payer la dette. L'appelant a payé plus que sa part de la dette le 2 juin 1970. Le bref d'assignation a été délivré le 17 janvier 1975.

*f* La question soumise à cette Cour est celle de savoir à quel moment le droit d'une caution à la contribution des cofidésusseurs prend naissance. Le juge de première instance a statué et la Cour d'appel a confirmé que la prescription en vertu de *The Limitation of Actions Act* commence à courir à compter de la date du jugement rendu contre l'appelant.

*g* *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*h* L'action n'est pas prescrite en vertu de *The Limitation of Actions Act*. Le droit d'une caution d'intenter une action à ses cofidésusseurs naît dès que la caution paie un montant supérieur à sa part de la dette. Lorsque le demandeur demande un jugement déclaratoire pour l'avenir à l'égard des obligations d'un cofidésusseur, la prescription court de la date de la détermination de l'obligation de l'appelant, laquelle n'a eu lieu qu'à l'expiration du dernier délai d'appel. En l'espèce, cette date est le 28 janvier 1969, moins de six ans avant la délivrance du bref d'assignation.

*j* L'affaire doit être déferée au tribunal de première instance pour qu'il statue au fond.

*Davies v. Humphreys* (1840), 6 M. & W. 152; *Ex parte Snowdon. In re Snowdon* (1881), 17 Ch. D. 44; *Gardner v. Brooke and Others*, [1897] 2 I.R. 6; *Stirling and Burdett*, [1911] 2 Ch. 418; *In re Richardson. Ex parte The Governors of St. Thomas's Hospital*, [1911] 2 K.B. 705; *In re Beavan. Davies, Banks and Co. v. Beavan*, [1913] 2 Ch. 595; *Dominion of Canada Investment and Debenture Co. Ltd. v. Gelhorn*, [1917] 3 W.W.R. 231; *Patterson v. Campbell* (1910), 44 N.S.R. 214; *Tucker v. Bennett* (1927), 60 O.L.R. 118; *Walker v. Bowry and Another* (1924), 35 C.L.R. 48 dismissing an appeal from [1924] Q.S.R. 142, referred to; *Wolmershausen v. Gullick*, [1893] 2 Ch. 514; *Roddy v. Atkinson*, [1949] 1 W.W.R. 927, distinguished.

Jurisprudence: arrêts mentionnés: *Davies v. Humphreys* (1840), 6 M. & W. 152; *Ex parte Snowdon. In re Snowdon* (1881), 17 Ch. D. 44; *Gardner v. Brooke and Others*, [1897] 2 I.R. 6; *Stirling and Burdett*, [1911] 2 Ch. 418; *In re Richardson. Ex parte The Governors of St. Thomas's Hospital*, [1911] 2 K.B. 705; *In re Beavan. Davies, Banks and Co. v. Beavan*, [1913] 2 Ch. 595; *Dominion of Canada Investment and Debenture Co. Ltd. v. Gelhorn*, [1917] 3 W.W.R. 231; *Patterson v. Campbell* (1910), 44 N.S.R. 214; *Tucker v. Bennett* (1927), 60 O.L.R. 118; *Walker v. Bowry and Another* (1924), 35 C.L.R. 48, qui rejette l'appel de [1924] Q.S.R. 142 distinction faite avec *Wolmershausen v. Gullick*, [1893] 2 Ch. 514; *Roddy v. Atkinson*, [1949] 1 W.W.R. 927.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal affirming without reasons a judgment of Maher J. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui confirme, sans motifs écrits, un jugement du juge Maher. Pourvoi accueilli.

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

*B. A. Crane, c.r.*, pour l'appellant.

*Reynold Robertson and Brent Gough*, for the respondents.

*Reynold Robertson et Brent Gough*, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

ESTEY J.—This action was commenced by the appellant as plaintiff to recover contribution from two sureties for a bank debt of a third party, which debt was retired by the plaintiff-appellant Hawrish by payments made to the Bank of Montreal, the creditor of the third party. The essential dates are as follows:

LE JUGE ESTEY—L'appellant a intenté la présente action à titre de demandeur pour obtenir la contribution de deux cautions d'une dette bancaire d'un tiers; le demandeur appellant Hawrish a éteint la dette en faisant des paiements à la Banque de Montréal, créancière du tiers. Les dates essentielles sont les suivantes:

1. October 6, 1964:

1. Le 6 octobre 1964:

Judgment in the action by the Bank of Montreal as creditor of the third party on the guaranty given to the Bank by the appellant finding the appellant was not liable to the Bank on his guaranty.

Jugement dans l'action de la Banque de Montréal à titre de créancière du tiers, fondée sur le cautionnement consenti à la Banque par l'appellant, lequel jugement conclut que l'appellant n'est pas obligé envers la Banque en vertu de son cautionnement.

2. July 18, 1967:

2. Le 18 juillet 1967:

The Court of Appeal for Saskatchewan reversed the judgment at trial and found the appellant liable to the Bank on its guaranty.

La Cour d'appel de la Saskatchewan infirme le jugement de première instance et conclut que l'appellant est obligé envers la Banque en vertu du cautionnement.

## 3. January 28, 1969:

Judgment of the Supreme Court of Canada dismissing the appeal from the judgment of the Court of Appeal.

## 4. \*April 1, 1970 to May 4, 1972:

Payments made by the appellant to the Bank in the amount of \$14,700 discharging the guaranty with interest.

\* On June 2, 1970 the appellant paid more than his *pro rata* share on the joint guaranty given by the appellant and the respondents to the Bank.

## 5. January 17, 1975:

Writ issued against the respondents.

The appellant commenced these proceedings against the co-sureties but the trial judge found that his claim was statute barred. The court of first instance interpreted *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1965, c. 84, as requiring the computation of the six-year prescriptive period from the date of the judgment of the Court of Appeal when the appellant was first held to be liable on the guaranty.

Section 3 of *The Limitation of Actions Act*, *supra*, provides as follows:

3.—(1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned:

(f) actions for:

(i) the recovery of money, except in respect of a debt charged upon land, whether recoverable as a debt or damages or otherwise, and whether on a recognizance, bond, covenant or other specialty or on a simple contract, express or implied; or

(ii) an account or for not accounting;

within six years after the cause of action arose;

[Emphasis added.]

The rule ordinarily applicable in actions for the recovery of money from fellow guarantors is set out in *Halsbury*, 4th ed., vol. 28, p. 302 (para. 671) and *Halsbury*, 4th ed., vol. 20, p. 122 (paras. 224-5). The former reads as follows:

## 3. Le 28 janvier 1969:

Arrêt de la Cour suprême du Canada rejetant le pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel.

4. \*Du 1<sup>er</sup> avril 1970 au 4 mai 1972:

Paiements effectués par l'appellant à la Banque d'une somme totale de \$14,700, avec intérêts, en exécution du cautionnement.

\* Le 2 juin 1970 l'appellant a payé plus que sa quote-part du cautionnement conjoint consenti à la Banque par l'appellant et les intimés.

## 5. Le 17 janvier 1975:

<sup>c</sup> Délivrance du bref d'assignation contre les intimés.

L'appellant a intenté la présente action à ses cofidélusés, mais le juge de première instance a conclu que sa réclamation était prescrite. Suivant son interprétation de *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1965, chap. 84, cette loi exige que le délai de prescription de six ans soit calculé à partir de la date de l'arrêt de la Cour d'appel par lequel l'appellant a, pour la première fois, été jugé lié par le cautionnement.

L'article 3 de *The Limitation of Actions Act*, précité, prévoit ce qui suit:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] 3.—(1) Les actions suivantes doivent être intentées dans les délais respectifs ci-après mentionnés:

f) les actions:

<sup>g</sup> (i) en recouvrement de sommes d'argent, sauf à l'égard de dettes de nature immobilière, qu'elles soient recouvrables à titre de dette, de dommages-intérêts ou à tout autre titre, et qu'elles résultent d'une reconnaissance de dette, d'une obligation, <sup>h</sup> d'un engagement ou de tout autre contrat formel ou simple, exprès ou implicite; ou (ii) sur reddition de comptes ou en reddition de comptes;

<sup>i</sup> dans un délai de six ans à compter de la naissance de la cause d'action;

[C'est moi qui souligne.]

La règle ordinairement applicable dans les actions en recouvrement de sommes d'argent contre des cautions conjointes est énoncée à *Halsbury*, 4<sup>e</sup> éd., t. 28, p. 302 (par. 671) et *Halsbury*, 4<sup>e</sup> éd., t. 20, p. 122 (par. 224 et 225). Le paragraphe 671 se lit ainsi:



671. *Co-sureties etc.* As between co-sureties, co-contractors, or co-debtors, the statute of limitation runs against the right of contribution of one who has paid more than his share from the time of such payment. It is immaterial that at the time of action for contribution the statute may have run between the principal creditor and the co-surety who is sued for contribution.

The text, *Rowlatt on Principal and Surety* (4th ed. 1982), states the rule this way, at p. 197:

No claim for contribution accrues till a surety has paid more than his share of what is unpaid by the debtor . . . As soon as the surety has paid his share he can sue his co-sureties *toties quoties* for every further payment made by him.

To the same effect is the comment in Holmstead and Gale, *Rules of Practice*, (Annotated), 1273:

Until one surety has paid more than his due proportion of the entire debt, he cannot call on a co-surety to contribute merely because he has paid more than he presently ought to pay . . .

and later on the same page:

Strictly speaking, a right to indemnity, as such, arises only when the surety has paid the debt . . .

These and other texts writing to the same effect draw their authority for the statements as quoted above from a line of cases commencing with *Davies v. Humphreys* (1840), 6 M. & W. 152, as followed and applied in *Ex parte Snowdon. In re Snowdon* (1881), 17 Ch. D. 44 (C.A.), *per* Brett M.R. at p. 48; *Gardner v. Brooke and Others*, [1897] 2 I.R. 6, *per* O'Brien J. at p. 12; *Stirling and Burdett*, [1911] 2 Ch. 418 at p. 423; *In re Richardson. Ex parte The Governors of St. Thomas's Hospital*, [1911] 2 K.B. 705; and *In re Beavan. Davies, Banks and Co. v. Beavan*, [1913] 2 Ch. 595, at p. 600. In *Davies v. Humphreys*, *supra*, Baron Parke, giving judgment for the Court of Exchequer Chamber, stated at p. 169:

In truth, therefore, until the one has paid more than his proportion, either of the whole debt, or of that part of the debt which remains unpaid by the principal, it is not clear that he ever will be entitled to demand any thing from the other; and before that, he has no equity to

[TRADUCTION] 671. *Cofidésjuseurs etc.* Entre cofidésjuseurs, cocontractants ou codébiteurs, le délai de prescription applicable à l'action en contribution de celui qui a payé plus que sa part court depuis le moment de ce paiement. Peu importe qu'au moment de l'action en contribution la prescription ait pu courir entre le créancier principal et le cofidésjuseur poursuivi en contribution.

Le traité *Rowlatt on Principal and Surety* (4<sup>e</sup> éd. 1982) énonce la règle de la façon suivante, à la p. 197:

[TRADUCTION] Aucune demande en contribution ne prend naissance avant qu'une caution ait payé plus que sa part de la dette du débiteur . . . Du moment que la caution a payé sa part, elle peut poursuivre ses cofidésjuseurs *toties quoties* chaque fois qu'elle fait un paiement supplémentaire.

Le commentaire de Holmstead et Gale dans *Rules of Practice*, (annoté), 1273, va dans le même sens:

[TRADUCTION] Jusqu'à ce qu'une caution ait payé plus que sa part de la totalité de la dette, elle ne peut demander de contribution à un cofidésjuseur simplement parce qu'elle a payé plus qu'elle n'aurait dû à ce moment.

Plus bas à la même page:

[TRADUCTION] A proprement parler, le droit à une indemnité comme telle ne naît que lorsque la caution a payé la dette . . .

Ces textes et d'autres textes au même effet s'appuient sur une jurisprudence qui a débuté par *Davies v. Humphreys* (1840), 6 M. & W. 152, suivie et appliquée par le maître des rôles Brett dans *Ex parte Snowdon. In re Snowdon* (1881), 17 Ch. D. 44 (C.A.), à la p. 48; par le juge O'Brien dans *Gardner v. Brooke and Others*, [1897] 2 I.R. 6, à la p. 12; dans *Stirling and Burdett*, [1911] 2 Ch. 418, à la p. 423; dans *In re Richardson. Ex parte The Governors of St. Thomas's Hospital*, [1911] 2 K.B. 705; et dans *In re Beavan. Davies, Banks and Co. v. Beavan*, [1913] 2 Ch. 595, à la p. 600. Dans l'arrêt *Davies v. Humphreys*, précité, le baron Parke qui rend jugement au nom de la Court of Exchequer Chamber, dit à la p. 169:

[TRADUCTION] Donc, en réalité, tant qu'une personne n'a pas payé plus que sa part de la totalité de la dette ou de la partie de la dette encore due par le débiteur principal, il n'est pas évident qu'elle ait le moindre droit de réclamer quoi que ce soit des autres; avant cela, elle

receive a contribution, and consequently no right of action, which is founded on the equity to receive it . . . But, whenever it appears that one has paid more than his proportion of what the sureties can ever be called upon to pay, then, and not till then, it is also clear that such part ought to be repaid by the others, and the action will lie for it.

These cases have been brought into this country in cases such as *Dominion of Canada Investment and Debenture Co. Ltd. v Gelhorn*, [1917] 3 W.W.R. 231 (Sask. C.A.), *Patterson v. Campbell* (1910), 44 N.S.R. 214 (N.S. C.A.), and *Tucker v. Bennett* (1927), 60 O.L.R. 118 (H.C.) In Australia the same principle of law has been applied in *Walker v. Bowry and Another* (1924), 35 C.L.R. 48 (High Court of Australia), dismissing an appeal from [1924] Q.S.R. 142 (S.C.) These principles were applied to a set of facts almost identical to that before the Court on this appeal. The Australian High Court expressed the rule in the following manner:

Lastly, it was suggested that Walker's right to this contribution was barred by the Statute of Limitations. The argument was based upon some observations in *Wolmershausen v. Gullick and Robinson v. Harkin*. But *Gardner v. Brooke* shows that, in the present case, Walker had no right to sue Bowry for the £400 until he had paid the money. And he paid, in point of fact, between 25th August 1919 and 14th June 1922—less than six years before action brought. [*Per* Starke J. at p. 59.]

All these cases concern actions on guaranties. We are not here concerned with contributions by joint tort feorsors and the computation of limitation periods in respect to such causes of action.

The respondents largely based their resistance to the claims of the appellant on the judgment in *Wolmershausen v. Gullick*, [1893] 2 Ch. 514. In this case the surety had not yet paid any part of the judgment entered against him in favour of the principal creditor. The liability of the surety was determined in an action for the administration of a deceased's estate. The surety's liability was determined in those proceedings and the surety was denied the right to bring the co-sureties in under third party procedure. Before the surety paid any

n'a pas le droit de recevoir de contribution et en conséquence aucun droit d'action qui soit fondé sur le droit de la recevoir . . . Toutefois, chaque fois qu'il appert qu'une personne a payé plus que sa part de ce que les cautions peuvent être appelées à payer, alors et seulement alors, il est aussi évident que les autres doivent la rembourser de cette partie et qu'elle a un droit d'action à cette fin.

Cette jurisprudence a été appliquée au pays dans des affaires telles *Dominion of Canada Investment and Debenture Co. Ltd. v. Gelhorn*, [1917] 3 W.W.R. 231 (C.A. Sask.), *Patterson v. Campbell* (1910), 44 N.S.R. 214 (C.A. N.-E.) et *Tucker v. Bennett* (1927), 60 O.L.R. 118 (H. C.). Le même principe de droit a été appliqué en Australie dans l'arrêt *Walker v. Bowry and Another* (1924), 35 C.L.R. 48 (Haute Cour d'Australie), lequel rejette un appel d'une décision publiée à [1924] Q.S.R. 142 (S.C.). Ces principes ont été appliqués à un ensemble de faits presque identiques à ceux qui sont soumis à la Cour en l'instance. La Haute Cour d'Australie a exprimé la règle dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Enfin, on a fait valoir que le droit de Walker à cette contribution était prescrit en vertu de la Loi. L'argument se fonde sur certaines remarques dans les arrêts *Wolmershausen v. Gullick et Robinson v. Harkin*. Mais l'affaire *Gardner v. Brooke* démontre qu'en l'instance, Walker n'avait pas le droit de poursuivre Bowry pour la somme de £400 avant de l'avoir payée. En réalité il a payé entre le 25 août 1919 et le 14 juin 1922, c.-à-d. moins de six ans avant le début de l'action. [Le juge Starke, à la p. 59.]

Toutes ces affaires ont trait à des actions sur cautionnement. Il ne s'agit pas en l'espèce de contribution de coauteurs de délits civils, ni du calcul du délai de prescription à l'égard de ces causes d'action.

Pour contester les réclamations de l'appellant, les intimés se fondent principalement sur l'arrêt *Wolmershausen v. Gullick*, [1893] 2 Ch. 514. Dans cette affaire, la caution n'avait encore versé aucune partie de la somme qu'un jugement la condamnait à payer au créancier principal. La responsabilité de la caution avait été établie dans une action relative à l'administration d'une succession; la caution avait été empêchée d'appeler ses cofidéjusseurs en garantie. Avant de déboursier quelque somme que ce soit au titre du cautionne-

part of the moneys owing under the guaranty he brought action against the co-sureties. In this action the surety:

claimed a declaration that the Defendants were jointly and severally liable to contribute with the Plaintiff to the discharge of the principal debt and an order upon the Defendants respectively to contribute with the Plaintiff to pay . . . the amount of their debt, or, in the alternative, an order upon them to indemnify the Plaintiff against any sums which she might pay . . . in excess of her proper share.

In disposing of the action Wright J. said, at p. 529:

The principal creditor not being a party, I think I cannot order payment to him or directly prevent him from enforcing his judgment against the Plaintiff alone. Nor can I at present order the co-surety to pay his half to the Plaintiff, or the Plaintiff cannot give him a discharge as against the principal creditor . . . But I think that I can declare the Plaintiff's right, and make a prospective order under which, whenever she has paid any sum beyond her share, she can get it back, and I therefore declare the Plaintiff's right to contribution, and direct that, upon the Plaintiff paying her own share, the Defendant *Gullick* is to indemnify her against further payment or liability, and is, by payment to her or to the principal creditor or otherwise, to exonerate the Plaintiff from liability beyond the extent of her own share.

It thus is apparent that in that action the plaintiff sought a declaratory action *in futuro*. What we are concerned with is an action "for the recovery of money" from a co-surety under an existing right. *The Limitation of Actions Act* directs itself to "actions for the recovery of money". It may well be that the *Wolmershausen* type of action is not touched by *The Limitation of Actions Act* of Saskatchewan, at least not s. 3(1), but we of course do not have to make any such decision here for the disposition of this appeal. Furthermore, if the declaratory action which includes a direction to pay is by its very terms operative only "upon the plaintiff paying her own share", it follows that the right to recovery under that judgment was not

ment, la caution a intenté une action contre les cofidéjusseurs. Dans cette action, la caution:

[TRADUCTION] demande un jugement déclarant que les défendeurs sont conjointement et solidairement tenus de contribuer avec la demanderesse au paiement de la dette principale et une ordonnance enjoignant aux défendeurs de contribuer avec la demanderesse au paiement . . . de la somme due ou, subsidiairement, une ordonnance leur enjoignant d'indemniser la demanderesse de toute somme qu'elle pourrait payer . . . en sus de sa quote-part.

Voici comment le juge Wright dispose de l'action, à la p. 529:

[TRADUCTION] Le créancier principal n'étant pas partie à l'action, je crois que je ne peux pas ordonner que le paiement lui soit fait ni l'empêcher directement d'exécuter le jugement prononcé en sa faveur à l'encontre de la seule demanderesse, et je ne peux pas non plus ordonner immédiatement au cofidéjussur de payer sa moitié à la demanderesse puisque celle-ci ne peut lui donner quittance au nom du créancier principal. . . . Je crois cependant que je peux rendre un jugement déclaratoire qui statue sur le droit de la demanderesse et rendre une ordonnance pour l'avenir en vertu de laquelle chaque fois qu'elle aura payé une somme en sus de sa quote-part elle pourra la recouvrer; par conséquent je déclare que la demanderesse a le droit d'être indemnisée et ordonne qu'une fois que la demanderesse aura payé sa quote-part, le défendeur *Gullick* l'indemnise de tout autre paiement ou obligation et que par voie de paiement à elle ou au créancier principal ou autrement, il tienne la demanderesse indemne de toute obligation au-delà de sa quote-part.

Il est donc manifeste que dans cette action la demanderesse demandait un jugement déclaratoire pour l'avenir. Ce qui nous occupe ici, c'est une action «en recouvrement de sommes d'argent» dirigée contre un cofidéjussur en vertu d'un droit existant. *The Limitation of Actions Act* vise [TRADUCTION] «les actions en recouvrement de sommes d'argent». Il se peut bien qu'une action du genre de celle de l'affaire *Wolmershausen* ne soit pas visée par *The Limitation of Actions Act* de la Saskatchewan, du moins pas par le par. 3(1), mais nous n'avons pas, cela va de soi, à nous prononcer sur ce point pour disposer du présent pourvoi. De plus, si le jugement déclaratoire, qui comporte une ordonnance de payer, est, selon ses propres termes,

complete at the time of the commencement of that action or at the time of the entry of the declaratory judgment. The respondent Dunbar found comfort in the course of argument from the statement of Wright J. at p. 529:

A point was made as to the *Statutes of Limitation*. The principal creditor's claim was put in in 1879. But I think that I must hold that, even if the statute can begin to run before the surety has paid more than his proportion, at any rate it does not run until his liability is ascertained, and that did not occur until 1890.

That is, of course, professedly *obiter dictum* in the disposition of the *Wolmershausen* claim and, in any case, it is not directed to the situation arising in the face of the terminology adopted by the Legislature of Saskatchewan in s. 3(1)(f), *supra*. If anything need be added to a discussion on the relevancy of the *Wolmershausen* judgment it would arise from the use of the word "ascertain" by Wright J. in the above quotation. The ascertainment of liability by the appellant here must surely be upon the expiry of rights of appeal from the Court of Appeal judgment in 1967. This did not occur until the dismissal of the appeal in this Court in January 1969, *supra*. Whether the date is January 1969 or the earliest date of payment, June 2, 1970, the action was here commenced (January 17, 1975) within the six-year prescription period. The learned trial judge placed some reliance on the Manitoba decision in *Roddy v. Atkinson*, [1949] 1 W.W.R. 927. This was an action on a judgment and not directly on the point of the principal issue here, namely when does the right of a surety to call for contribution arise. In any event, at p. 930 Dysart J. stated that the obligation to pay was never final until the last right of appeal had expired or been disposed of. In that case, time would begin to run on January 28, 1969 so that the writ would be within the six-year period by eleven days.

exécutoire seulement «une fois que la demanderesse aura payé sa quote-part», il s'ensuit que le droit d'être indemnisé en vertu de ce jugement n'était pas parfait au moment de l'institution de cette action-là ni même au moment du prononcé du jugement déclaratoire. L'intimé Dunbar s'est appuyé au cours de sa plaidoirie sur la déclaration du juge Wright à la p. 529:

[TRANSDUCTION] On a souligné un aspect des *Statutes of Limitation*. Le créancier principal a fait sa réclamation en 1879. Mais je crois que je dois statuer que, même si la prescription peut commencer à courir avant que la caution ait payé plus que sa part, de toute façon elle ne court pas avant que ses obligations soient déterminées, ce qui ne s'est pas produit avant 1890.

C'est là, de toute évidence, un *obiter dictum* dans le règlement de l'affaire *Wolmershausen* et, de toute façon, il ne vise pas directement la situation issue des termes adoptés par la législature de la Saskatchewan à l'al. 3(1)f) précité. S'il faut ajouter quelque chose à l'étude de la pertinence de l'arrêt *Wolmershausen*, ce serait au sujet de l'emploi du mot [TRANSDUCTION] «déterminée» par le juge Wright dans la citation ci-dessus. La détermination des obligations de l'appelant en l'espèce doit sûrement se produire à l'expiration des délais d'appel à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel rendu en 1967. Cela ne s'est produit qu'au rejet du pourvoi en cette Cour en janvier 1969, comme susdit. Que la date soit janvier 1969 ou celle du premier paiement, le 2 juin 1970, l'action en l'instance a été intentée (le 17 janvier 1975) dans les limites du délai de prescription de six ans. Le savant juge de première instance a invoqué le jugement rendu au Manitoba dans l'affaire *Roddy v. Atkinson*, [1949] 1 W.W.R. 927. Il s'agissait d'une action sur un jugement et l'affaire ne portait pas directement sur le point principal en cause en l'instance, savoir, quand le droit de la caution de demander une contribution prend-il naissance? De toute façon, le juge Dysart dit, à la p. 930, que l'obligation de payer n'a jamais été définitive tant que le dernier recours en appel n'a pas été épuisé ou jugé. En ce cas, le délai aurait commencé à courir le 28 janvier 1969 de sorte que l'assignation aurait été faite dans les limites du délai de six ans à onze jours près.

Whatever may be the significance of “ascertainment” as it was used by Wright J. it is of relevance only if the co-surety seeks a prospective order which is not the case here where he seeks contribution for moneys paid. The learned author of Rowlatt, *supra*, in dealing with the *Wolmershausen* type of action stated, at p. 198:

It is submitted that the existence of a right in the surety before payment to take equitable proceedings to compel the principal or a co-surety to pay, as the case may be, the whole or the proper proportion of the debt, can have no effect on the time when the statute begins to run against him. The statute would seem to have no direct application to a claim in that form; and if the surety pays and immediately afterwards sues principal or co-surety for money paid, it is hard to see how a defence founded on the statute could be supported by evidence that more than six years before proceedings might have been taken *quia timet* in equity.

The learned author of *Lightwood on Time Limit on Actions* makes the following comment on *Wolmershausen*, at p. 235:

But this prospective right to indemnity is substantially different from the right which accrues upon actual payment by the surety. It is probably correct to say that upon such payment a fresh cause of action accrues to the surety against which the statute then begins to run . . .

Gibson J. in *Gardner v. Brooke*, *supra*, stated at p. 20:

In my opinion, though the plaintiff might possibly have maintained a suit, such as in *Wolmershausen's Case* [*supra*], before he paid off the note, for prospective indemnity, he became entitled, on making the actual payment, to a distinct and substantive cause of action for contribution . . .

The respondents raised in this Court, for the first time in these proceedings, an issue concerning the amendment of the statement of claim at trial which was held in March 1978. It was said that the appellant had paid an excess of his share on June 2, 1970 and accordingly it is argued that an amendment to the claim in 1978 would be beyond the period permitted under *The Limitation of Actions Act*. No doubt because this matter is

Quel que soit le sens du mot détermination employé par le juge Wright, il n'a de conséquence que si le cofidésuséur demande un jugement pour l'avenir, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, où il demande une contribution pour des sommes déboursées. Voici ce que dit le savant auteur de Rowlatt, précité, à propos du genre d'action de l'affaire *Wolmershausen*, à la p. 198:

[TRADUCTION] On soutient que l'existence d'un droit, en faveur de la caution, de poursuivre en *equity* avant paiement pour forcer le débiteur principal ou un cofidésuséur à payer, selon le cas, la totalité ou sa quote-part de la dette, ne peut avoir d'effet sur le moment à partir duquel la prescription commence à courir contre lui. La prescription ne semble pas s'appliquer directement à une réclamation de ce genre; si la caution paie la somme et, immédiatement après le paiement, poursuit le débiteur principal ou le cofidésuséur en recouvrement, il est difficile de voir comment on pourrait fonder une défense sur la prescription en prouvant que plus de six ans se sont écoulés depuis que des procédures en *equity* auraient pu être prises par mesure de précaution.

Le savant auteur de *Lightwood on Time Limit on Actions* commente ainsi l'affaire *Wolmershausen*, à la p. 235:

[TRADUCTION] Mais ce droit futur d'être indemnisé est fondamentalement différent du droit qui naît du paiement réel fait par la caution. Il est probablement juste de dire qu'au moment du paiement naît une nouvelle cause d'action en faveur de la caution, à l'égard de laquelle la prescription commence alors à courir . . .

Dans l'arrêt *Gardner v. Brooke*, précité, le juge Gibson dit à la p. 20:

[TRADUCTION] A mon avis, même si le demandeur avait pu soutenir une action du type de celle de l'affaire *Wolmershausen* [précité], pour indemnisation future, avant de payer le billet promissoire, il a acquis, en faisant ce paiement, une cause d'action distincte et réelle en contribution . . .

En cette Cour, et pour la première fois dans ces procédures, les intimés ont contesté la modification de la déclaration faite au procès tenu en mars 1978. On y mentionnait que l'appellant avait payé plus que sa part le 2 juin 1970 et, en conséquence, on soutient que la modification de la déclaration en 1978 est hors du délai accordé par *The Limitation of Actions Act*. Il n'y a pas de doute, puisque la question est soulevée si tardivement dans la

raised so late in the day, the record is inadequate for a full discussion and proper disposition of the argument. Apparently, the amendment occurred on February 22, 1978. The Fiat of the learned trial judge was March 9, 1978. No mention is made in the disposition of the action of the amendment and certainly no reference is made to any opposition by the respondents to the amendment being permitted by the Court. The Court of Appeal gave no reasons for their dismissal of the appeal from the trial judgment. The respondents make no reference in this submission to the Rules of Court in the Court of Queen's Bench. This Court has nothing before it indicating the state of the statement of claim prior to the 1978 amendment and therefore it must be assumed that the prayer for relief remains as initially pleaded and that the date on which this action was commenced was indeed the date of the writ of summons which was within the six-year period when measured from the date of payment by the appellant of an excess of his obligation as a co-surety.

The learned trial judge dealt with the quantum actually in issue as between the appellant-surety and the co-surety-respondents, and as this matter must, in my view, be referred back to the trial court for a determination on the merits, no discussion as to these matters would be appropriate here.

I therefore, for these reasons, would allow the appeal with costs and would refer the proceedings to the trial court for a determination on the merits. The appellant should have his cost here and in the courts below for the proceedings taken to date, but thereafter, of course, costs arising shall be determined in the ordinary way on the outcome of the appellant's action.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Hawrish and Hawrish, Saskatoon.*

*Solicitors for the respondent Fred L. Dunbar: Hnatyshyn, Sandstrom & Co., Saskatoon*

*Solicitors for the respondents Raymond N. Resky and Harold J. Russell: Robertson, Muzyka, Bell, Robertson & Nieman, Saskatoon.*

cause, que l'état du dossier ne permet pas d'examiner l'argument à fond et d'en disposer de la façon appropriée. La modification a apparemment été faite le 22 février 1978. Le certificat du juge de première instance est daté du 9 mars 1978. Le jugement sur l'action ne fait pas état de la modification et il n'y a nettement aucune mention de l'opposition des intimés à ce que la cour la permette. La Cour d'appel n'a pas donné de motifs de son rejet de l'appel à l'encontre du jugement de première instance. Les intimés n'invoquent pas les règles de la Cour du Banc de la Reine quant à cette allégation. Cette Cour ne dispose de rien qui lui indique l'état de la déclaration avant la modification de 1978 et, en conséquence, elle doit supposer que la formulation des conclusions est identique à celle plaidée à l'origine et que la date du début de l'action est effectivement la date de l'assignation qui se trouve dans les limites du délai de six ans à compter de la date où l'appelant a payé plus que sa part comme cofidélusseur.

Le savant juge de première instance a déterminé la somme réellement en cause entre l'appelant (la caution) et les intimés (cofidélusseurs). Puisque, à mon avis, il y a lieu de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour décision au fond, il n'est pas approprié de débattre ces questions en cette Cour.

En conséquence, pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de déférer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il statue au fond. L'appelant a droit à ses dépens en cette Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure pour les procédures qui se sont déroulées jusqu'à ce jour mais, pour la suite, les dépens seront adjugés de la façon habituelle selon l'issue de l'action de l'appelant.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Hawrish et Hawrish, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intimé Fred L. Dunbar: Hnatyshyn, Sandstrom & Co., Saskatoon.*

*Procureurs des intimés Raymond N. Resky et Harold J. Russell: Robertson Muzyka, Bell, Robertson & Nieman, Saskatoon.*

**Jolana Schavernocho (née Kostrinsky)**  
*Appellant;*

and

**Foreign Claims Commission, the Attorney General of Canada, the Secretary of State for External Affairs and the Minister of Finance of Canada** *Respondents.*

File No.: 16240.

1982: May 5; 1982: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Statutes — Interpretation — Regulations entitling Canadian citizens to claim from Foreign Claims Commission — Definition of “Canadian citizen” — Whether Regulations may be interpreted by reference to extraneous materials — Foreign Claims (Czechoslovakia) Settlement Regulations, SOR/73-681, ss. 2, 4, 7 — Appropriation Act No. 9, 1966, 1966-67 (Can.), c. 55, vote 22a.*

Regulations, promulgated pursuant to the *Appropriation Act No. 9, 1966*, implemented a plan to compensate successful Canadian claimants from a fund established under an agreement between Canada and Czechoslovakia for their assets nationalized by Czechoslovakia. The Foreign Claims Commission held appellant to be ineligible because her dominant nationality was Czechoslovakian, not Canadian, when her assets were nationalized. The Federal Court of Appeal confirmed that decision. Both the Court and the Commission interpreted the Regulations by reference to the Agreement and to extraneous material such as the negotiators' report.

*Held:* The appeal should be allowed.

The Regulations made no reference to dominant or primary citizenship and defined “Canadian citizen” in the terms of the *Citizenship Act*. No authority entitled a court to adopt a meaning other than the plain meaning of the words used in the Regulations or to make reference to extraneous material in the absence of any ambiguity in the terms of the Regulations.

**Jolana Schavernocho (née Kostrinsky)**  
*Appelante;*

et

<sup>a</sup> **La Commission des réclamations étrangères, le procureur général du Canada, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures et le ministre des Finances du Canada** *Intimés.*

<sup>b</sup> N° du greffe: 16240.

1982: 5 mai; 1982: 23 juin.

<sup>c</sup> Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

<sup>d</sup> *Législation — Interprétation — Règlement habilitant les citoyens canadiens à faire des réclamations auprès de la Commission des réclamations étrangères — Définition des mots «citoyen canadien» — Impossibilité d'interpréter le règlement en se reportant à des documents extrinsèques — Règlement concernant la liquidation des réclamations étrangères (Tchécoslovaquie), DORS/73-681, art. 2, 4, 7 — Loi des subsides n° 9 de 1966, 1966-67 (Can.), chap. 55, crédit 22a.*

<sup>e</sup> Un règlement, promulgué en application de la *Loi des subsides n° 9 de 1966*, a constitué un régime visant à indemniser, à même un fonds créé en vertu d'un accord entre le Canada et la Tchécoslovaquie, les citoyens canadiens expropriés de leurs biens par la Tchécoslovaquie qui établissent le bien-fondé de leur réclamation. <sup>f</sup> La Commission des réclamations étrangères a exclu l'appelante parce qu'au moment de l'expropriation de ses biens, sa nationalité dominante était tchécoslovaque et non pas canadienne. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision. Tant la Cour d'appel que la Commission ont interprété le règlement en se reportant à l'Accord et à des documents extrinsèques comme le rapport des négociateurs.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

<sup>g</sup> Le règlement ne mentionne pas la citoyenneté dominante ou principale et donne aux mots «citoyen canadien» la définition qui figure dans la *Loi sur la citoyenneté*. Si la formulation du règlement ne comporte aucune ambiguïté, une cour n'est pas fondée à adopter d'autre critère que celui du sens manifeste des mots employés dans le règlement ni à se reporter à des documents extrinsèques.

*Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Post Office v. Estuary Radio Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 740 (C.A.), referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1982] 1 F.C. 233, confirming a decision of the Foreign Claims Commission. Appeal allowed.

*Julius Grey*, for the appellant.

*Paul M. Ollivier, Q.C.*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The appellant made application to the respondent Commission for payment of a claim arising out of the alleged expropriation or confiscation of certain assets of the appellant by Czechoslovakia some time after World War II. The respondent Commission denied the claim on the grounds that the appellant was ineligible to receive an award from the Foreign Claims Fund because her dominant nationality was that of Czechoslovakia and not Canada at the times in question. The Federal Court of Appeal confirmed the decision of the Commission finding no error in law on a review of the Commission's decision under s. 28 of the *Federal Court Act*.

Because of the disposition which I propose to make of this appeal it is neither necessary nor desirable to deal at any length with the factual history underlying the appellant's original application. I assume, as did the Commission and the court below, for the purpose of disposing of this appeal at this stage of the proceedings, that the appellant at all material times continued to be a citizen of Canada within the meaning of that term under the *Citizenship Act* of Canada, 1974-75-76 (Can.), c. 108. I also assume that at the time of the seizure of the property by the state of Czechoslovakia, apparently in the year 1948, the applicant had become a permanent resident of that country and continued to reside there until 1950.

By an Agreement entered into between the Government of Canada and the Government of Czechoslovakia in April 1973 Canada, on receipt of \$3,250,000, released any and all claims by

Jurisprudence: *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147; *Post Office v. Estuary Radio Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 740 (C.A.).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1982] 1 C.F. 233, qui a confirmé une décision de la Commission des réclamations étrangères. Pourvoi accueilli.

*Julius Grey*, pour l'appelante.

*Paul M. Ollivier, c.r.*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—L'appelante a présenté à la Commission intimée une demande de paiement d'une indemnité en raison de la prétendue expropriation ou confiscation de certains de ses biens par la Tchécoslovaquie après la Seconde Guerre mondiale. La Commission intimée a rejeté la demande pour le motif que l'appelante ne pouvait recevoir d'indemnité prélevée sur la Caisse des réclamations étrangères puisque de par sa nationalité dominante à l'époque en cause, elle était tchécoslovaque et non pas canadienne. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Commission, concluant, après un examen en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, que la décision n'était entachée d'aucune erreur de droit.

En raison de la solution que j'adopte en l'espèce, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de m'étendre sur les faits entourant la demande initiale de l'appelante. Afin de pouvoir trancher ce pourvoi à ce stade-ci des procédures, je présume, comme l'ont fait la Commission et la cour d'instance inférieure, que l'appelante était, à l'époque pertinente, citoyenne canadienne au sens de la *Loi sur la citoyenneté* du Canada, 1974-75-76 (Can.), chap. 108. Je présume également qu'au moment où l'État tchécoslovaque s'est emparé des biens, apparemment en 1948, la requérante s'était établie à titre permanent dans ce pays-là où elle a continué d'avoir son domicile jusqu'en 1950.

Aux termes d'un accord intervenu entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Tchécoslovaquie en avril 1973, le Canada, sur réception d'un montant de \$3,250,000, a libéré ce



Canadians against Czechoslovakia by reason of any action taken prior to the date of the Agreement. For the purposes of that Agreement Article II thereof describes Canadian claims as being:

claims of natural persons who were Canadian citizens on the date of the coming into force of this Agreement and who were or whose legal predecessors were Canadian citizens on the date of the coming into force of the measures referred to in Article I or on the date on which the relevant measures were first applied to their property, rights or interests.

The Agreement itself does not otherwise describe or define Canadian citizens. Article IV of the Agreement provides for the discharge of the Government of Czechoslovakia in respect of all such Canadian claims upon the payment of the funds mentioned, and the Government of Canada agrees in the same Article not to present any claim on behalf of Canadian citizens in respect of any matter which has been settled by the Agreement.

Pursuant to the *Appropriation Act No. 9, 1966, 1966-67 (Can.)*, c. 55, Regulations SOR/73-681 were promulgated on November 7, 1973 as P.C. 1973-3495. Under these Regulations reference is made in s. 2 to the aforementioned Agreement dated April 18, 1973, which came into force on June 22, 1973 on an exchange of letters between the two contracting parties.

Section 2 of the Regulations further provides definitions for claims and for Canadian citizens as follows:

“claim” means a claim by a Canadian citizen against the Government of Czechoslovakia or Czechoslovak natural or juridical persons in respect of property, rights and interest in Czechoslovakia affected before April 18, 1973 by Czechoslovak measures of nationalization, expropriation, taking under administration or any other similar legislative or administrative measures;

“Canadian citizen” means

(a) a person who is a Canadian citizen within the meaning of the *Canadian Citizenship Act*, or

(b) a corporation that is incorporated under the laws of Canada and that

dernier de toute obligation relative aux réclamations que des Canadiens pourraient avoir contre la Tchécoslovaquie par suite d'actes antérieurs à la date de l'Accord. L'article II de l'Accord définit

a les réclamations canadiennes dans ce contexte:

les réclamations de personnes physiques qui étaient citoyens canadiens à la date de l'entrée en vigueur du présent Accord et qui étaient, ou dont les prédécesseurs légaux étaient aussi des citoyens canadiens à la date d'entrée en vigueur des mesures mentionnées à l'Article I ou à la date à laquelle les mesures pertinentes se sont appliquées pour la première fois à leurs biens, droits ou intérêts.

c L'Accord lui-même ne contient pas d'autre description ou définition de citoyens canadiens. L'article IV de l'Accord prévoit que, sur paiement du

d montant susmentionné, le gouvernement de la Tchécoslovaquie sera dégagé de toutes ces réclamations canadiennes, et le gouvernement du Canada s'engage dans le même article à ne présenter au nom de citoyens canadiens aucune réclamation se rapportant aux questions réglées par l'Accord.

e En application de la *Loi des subsides n° 9 de 1966, 1966-67 (Can.)*, chap. 55, le Règlement DORS/73-681 a été promulgué le 7 novembre 1973 comme décret C.P. 1973-3495. L'article 2 de ce Règlement se réfère à l'Accord susmentionné, daté du 18 avril 1973, qui est entré en vigueur le 22 juin 1973 sur échange de lettres entre les deux parties contractantes.

g L'article 2 du Règlement contient en outre des définitions de réclamations et de citoyens canadiens:

h «réclamation» signifie une réclamation d'un citoyen canadien contre le Gouvernement tchécoslovaque ou contre des personnes physiques ou morales tchécoslovaques et ayant pour objet des biens, droits et intérêts en Tchécoslovaquie, touchés avant le 18 avril 1973 par les mesures tchécoslovaques de nationalisation, d'expropriation, de prise en administration ou de toute autre mesure législative ou administrative similaire.

i «citoyen canadien» désigne

j a) une personne qui est un citoyen canadien aux termes de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, ou

b) une société constituée en vertu des lois du Canada

(i) is controlled or substantially owned by persons described in paragraph (a), or

(ii) is actively carrying on business in Canada.

(i) qui est contrôlée par des personnes décrites à l'alinéa a) ou qui leur appartient en grande partie, ou

(ii) qui participe activement à des entreprises au Canada.

There are other provisions in the Regulations dealing with the time for filing and other matters of form but it was agreed in the proceedings below that the claim filed by the appellant is complete and regular as to form. Other procedures mentioned in the Regulations relating to the earlier formation of the Foreign Claims Fund are also, for the purposes of these proceedings, deemed to have been properly established; and also the Foreign Claims Commission, the respondent herein, was duly appointed under Part I of the *Inquiries Act* by Order in Council P.C. 1970-2077 to inquire into and report upon claims for which compensation may be paid out of the Foreign Claims Fund. Section 7(1) of the Regulations goes on to provide:

7. (1) The Chief Commissioner shall report to the Minister and to the Minister of Finance on each claim considered by the Commission, stating

(a) whether the claimant is eligible to receive an award; and

(b) the amount of the award that, in the opinion of the Commission, should be made to the claimant.

Finally, s. 4(1) of the Regulations prescribed the terms for eligibility of the claimant for receipt of the award under the Regulations:

4. (1) In order to be eligible to receive an award in respect of a claim, a claimant must have been a Canadian citizen from the time the claim arose or the time he obtained title to it until June 22, 1973 and, where a claimant obtained title to a claim after the time it arose, each of his predecessors in title must have been a Canadian citizen during the time he held title to it.

Both the Commission and the Federal Court took the view that the Regulations had been adopted and promulgated so as to implement the terms of the Agreement between Canada and Czechoslovakia and that in turn the Agreement was negotiated on the basis that Czechoslovakia was paying

D'autres dispositions du Règlement portent sur l'époque du dépôt d'une réclamation et d'autres questions de forme, mais, au cours des procédures d'instance inférieure, les parties ont convenu que la réclamation présentée par l'appelante est complète et régulière quant à la forme. D'autres procédures mentionnées dans le Règlement en ce qui a trait à la création antérieure de la Caisse des réclamations étrangères, sont également réputées, aux fins de la présente espèce, avoir été valablement établies. De plus, le décret C.P. 1970-2077 a dûment constitué la Commission des réclamations étrangères, l'intimée en l'espèce, en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes* pour faire enquête et rapport sur les réclamations à la suite desquelles une indemnité peut être prélevée sur la Caisse des réclamations étrangères. Le paragraphe 7(1) du Règlement ajoute:

7. (1) Le commissaire en chef doit faire rapport au Ministre et au ministre des Finances au sujet de toute réclamation étudiée par la Commission et y préciser

a) si le réclamant a le droit de recevoir une indemnité ou non; et

b) le montant de l'indemnité qui, de l'avis de la Commission, doit être allouée au réclamant.

En dernier lieu, le par. 4(1) du Règlement prescrit les conditions d'admissibilité à une indemnité:

4. (1) Pour être admissible à une indemnité, un réclamant doit avoir été citoyen canadien à partir de la date à laquelle la réclamation a pris naissance ou de la date à laquelle il a obtenu le droit de réclamation jusqu'au 22 juin 1973, et, dans le cas d'un réclamant qui a obtenu le droit de réclamation après la date à laquelle elle a pris naissance, chacun des titulaires antérieurs de ce droit doit avoir été citoyen canadien durant la période où il en était le titulaire.

Tant la Commission que la Cour fédérale ont estimé que le Règlement avait été établi et promulgué pour mettre en oeuvre l'Accord entre le Canada et la Tchécoslovaquie et que l'Accord lui-même avait été négocié sur le fondement que la Tchécoslovaquie versait un montant à titre d'in-

compensation for property taken by it from citizens of Canada who were not at the time in question citizens of Czechoslovakia. Where dual citizenship existed eligibility for entitlement was in this view to be determined by the "dominant citizenship" so that a claimant having dominant Czechoslovakian citizenship, although concurrently holding Canadian citizenship, would be ineligible. Here the claimant, although allegedly born in Canada in 1901, had resided in Hungary (later to be incorporated into Czechoslovakia after World War I) until her move to Canada in 1950. During her period of residence, or some substantial although perhaps unknown portion thereof, the appellant also held Czechoslovakian citizenship (or Hungarian citizenship prior to the annexation of her region of residence into Czechoslovakia). Accordingly her only alleged attachment to or connection with Canada at the time of the alleged taking of her property, was that of citizenship by reason of birth in Canada. A further complication might be added that the applicant married a citizen of Czechoslovakia in 1920. Her alleged husband was born in Hungary in a region later incorporated into Czechoslovakia and apparently resided there continuously until he came to Canada in 1950. He became a Canadian citizen by naturalization in 1956. As I have said earlier, there is some considerable doubt on the record before the Commission as to whether the applicant was born in what is now Czechoslovakia or in Montreal.

The mechanics for accounting for awards made under the Regulations make reference to the Agreement and the receipt of funds from Czechoslovakia. There are, therefore, several references in the Regulations to the Agreement of 1973 and it is clear that the purpose of the Regulations was to implement a plan for the distribution among successful Canadian claimants of the Fund established upon the receipt of the moneys under the Agreement from Czechoslovakia. In construing and applying these Regulations to the claim made by the appellant, Mr. Justice Le Dain in the Federal Court of Appeal noted that the Commission disqualified the appellant since "Canada does

démunition pour les biens qu'elle avait pris à des citoyens canadiens qui, à l'époque en question, n'étaient pas citoyens tchécoslovaques. Dans cette optique, dans les cas de double citoyenneté, le droit à l'indemnité devait être établi en fonction de la «citoyenneté dominante» de sorte qu'un réclamant dont la citoyenneté dominante est tchécoslovaque, même s'il est également citoyen canadien, ne pourrait s'en prévaloir. En l'espèce la réclamante, bien qu'elle allègue être née au Canada en 1901, a résidé en Hongrie (annexée à la Tchécoslovaquie après la Première Guerre mondiale) jusqu'à son déménagement au Canada en 1950. Pendant qu'elle résidait dans ce pays-là, ou pendant une partie importante de cette période, dont on ignore peut-être la durée précise, l'appelante était également citoyenne tchécoslovaque (ou hongroise avant l'annexion de la région où elle demeurait à la Tchécoslovaquie). Tout ce qui l'aurait donc rattachée ou reliée au Canada à l'époque où on aurait pris ses biens, c'était la citoyenneté en raison de sa naissance au Canada. On peut ajouter que le mariage de la requérante avec un citoyen tchécoslovaque en 1920 complique davantage la situation. Celui qu'elle aurait épousé est né en Hongrie dans une région ultérieurement annexée à la Tchécoslovaquie, région où il a apparemment résidé de façon continue jusqu'à ce qu'il vienne au Canada en 1950. Il est devenu citoyen canadien par naturalisation en 1956. Comme je l'ai déjà dit, le dossier de la Commission laisse planer un doute considérable sur la question de savoir si la requérante est née dans ce qui est actuellement la Tchécoslovaquie ou à Montréal.

Les mécanismes de calcul du montant des indemnités prévues par le Règlement font mention de l'Accord et de la réception de fonds tchécoslovaques. Le Règlement mentionne donc à plusieurs reprises l'Accord de 1973 et il est évident que ce règlement est destiné à mettre en oeuvre un plan de répartition, entre les réclamants canadiens qui y ont droit, du fonds créé sur réception de l'argent de la Tchécoslovaquie conformément à l'Accord. En interprétant ce règlement et en l'appliquant à la réclamation de l'appelante, le juge Le Dain de la Cour d'appel fédérale a fait remarquer que la Commission avait déclaré que l'appelante n'avait pas droit à l'indemnité parce que «le Canada

not espouse the claim of a dual national of Canada and another country against that other country where the dominant nationality of the dual national is that of the other country and he or she is domiciled there and to all intents and purposes primarily a citizen thereof". The Court of Appeal then included a reference from the record before the Commission by the Canadian Ambassador involved in the negotiations with Czechoslovakia. The essence of the report by the Ambassador is found in the following sentence: "The Canadian side feels that the doctrine of dominant nationality must govern in this kind of negotiation". This apparently is an excerpt from a report made in the course of the negotiations leading to the 1973 Agreement. Drawing on this background Mr. Justice Le Dain concluded [at p. 240]:

... the definition of "claim" in the Regulations should in my opinion be construed as necessarily excluding a claim which Canada would not recognize itself as having the right to espouse because the dominant nationality of the claimant at the time the property was taken was that of Czechoslovakia.

There is no doubt that Article V of the Agreement leaves to the Government of Canada the entire right of distribution of the funds paid under the Agreement by Czechoslovakia:

The distribution of the sum paid under Article I of this Agreement shall be at the exclusive discretion and within the exclusive competence of the Government of Canada.

When the Fund was established under vote 22a of the *Appropriation Act No. 9, 1966, supra*, the Minister of Finance was authorized to provide for payment out of the Fund:

... in accordance with regulations of the Governor in Council which regulations may, *inter alia*, provide for the determination of the nature of claims for compensation that may be made, the persons to whom compensation may be paid, and the manner and time for the submission of claims, the calculation (including any weighted or pro rata distribution) of the amount of the payments by the Minister of Finance and the Secretary of State for External Affairs, ...

There also is no doubt that the Regulations, 73-681, *supra*, were promulgated pursuant to these

n'épouse pas la réclamation d'une personne possédant une double nationalité, celle du Canada et celle d'un autre pays, contre cet autre pays dans les cas où la nationalité dominante de cette personne est celle de cet autre pays et qu'elle y a son domicile et qu'en fait, elle est d'abord et avant tout une citoyenne de ce pays». Puisant dans le dossier de l'audience devant la Commission, la Cour d'appel a alors cité l'ambassadeur canadien qui avait participé aux négociations avec la Tchécoslovaquie. La substance du rapport de l'ambassadeur se dégage de la phrase suivante: «Le Canada estime que la doctrine de la nationalité dominante doit s'appliquer dans ce genre de négociation». Il s'agit apparemment d'un extrait tiré d'un rapport rédigé au cours des négociations qui ont abouti à l'Accord de 1973. Ayant pris tout cela en considération, le juge Le Dain a conclu [à la p. 240]:

... la définition de «réclamation» dans le Règlement devrait, selon moi, être interprétée comme excluant nécessairement une réclamation que le Canada ne se reconnaîtrait pas le droit d'épouser parce que la nationalité dominante du réclamant à l'époque où la propriété fut prise était tchécoslovaque.

Il ne fait pas de doute que l'article V de l'Accord investit le gouvernement du Canada des pleins pouvoirs de répartition des fonds payés par la Tchécoslovaquie conformément à l'Accord:

La répartition de la somme payée à l'Article I du présent Accord relève de la discrétion exclusive et de la compétence exclusive du Gouvernement du Canada.

Sur création de la Caisse en vertu du crédit 22a de la *Loi des subsides n° 9 de 1966*, précitée, le ministre des Finances a reçu l'autorisation de pourvoir aux paiements prélevés sur la Caisse:

... conformément aux règlements du gouverneur en conseil. Ces règlements peuvent, entre autres choses, permettre de déterminer la nature des demandes d'indemnisation qui peuvent être faites, les personnes auxquelles ces indemnités peuvent être payées, la manière et le moment de la présentation des réclamations, le calcul (y compris toute distribution pesée ou évaluée au pro rata) de la somme des paiements effectués par le ministre des Finances et le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, ...

Il ne fait pas de doute non plus que le Règlement 73-681, précité, a été promulgué en applica-

provisions found in the *Appropriation Act No. 9, 1966*.

The narrow problem which arises is whether or not the Commission or a court reviewing the decision of the Commission may interpret the provisions of Regulation 73-681 by reference to the Agreement of 1973 or such clearly extraneous matters as the report from negotiators of the Agreement, including the Canadian Ambassador. For example, the reference to dominant or primary citizenship is nowhere to be found in the Regulations under which the appellant makes her claim. The entitlement is defined rather in terms only of a Canadian citizen who is defined as being a person who is a Canadian citizen according to the *Canadian Citizenship Act*. I emphasize that we here assume the appellant so qualifies.

If one could assert an ambiguity, either patent or latent, in the Regulations it might be that a court could find support for making reference to matters external to the Regulations in order to interpret its terms. Because, however, there is in my view no ambiguity arising from the above-quoted excerpt from these Regulations, there is no authority and none was drawn to our attention in argument entitling a court to take recourse either to an underlying international agreement or to textbooks on international law with reference to the negotiation of agreements or to take recourse to reports made to the Government of Canada by persons engaged in the negotiation referred to in the Regulations.

We are confined entirely to the definition of Canadian citizen drawn from the *Citizenship Act* and for the purposes of this appeal it has been assumed, as I have said, that the appellant so qualifies.

Even if it were accepted that reference could be made to the Agreement the further difficulty arises: should a tribunal seek support from the negotiators' report? Nowhere in the Agreement is any reference made to the limitation of Canadian claims to those holding *only* Canadian citizenship. Duality of citizenship is not mentioned, nor is

tion de ces dispositions de la *Loi des subsides n° 9 de 1966*.

La question précise qui se pose est de savoir si la Commission ou une cour chargée d'examiner sa décision peut interpréter les dispositions du Règlement 73-681 en se reportant à l'Accord de 1973 ou à des documents manifestement extrinsèques comme le rapport des négociateurs de l'Accord, au nombre desquels figurait l'ambassadeur canadien. Le concept de la citoyenneté dominante ou principale, par exemple, ne se trouve nulle part dans le Règlement sur lequel l'appelante fonde sa réclamation. Le droit à l'indemnisation est fonction plutôt de la possession du statut de citoyen canadien, ce qui, selon la définition, désigne une personne qui est un citoyen canadien au sens de la *Loi sur la citoyenneté*. Je souligne que l'on présume ici que l'appelante satisfait aux critères de cette définition.

Si l'on pouvait invoquer une ambiguïté manifeste ou latente dans le Règlement, une cour pourrait peut-être alors justifier un recours à des sources extrinsèques au Règlement pour l'interpréter. Toutefois, puisque je suis d'avis que l'extrait précité du Règlement ne crée aucune ambiguïté, il n'existe aucune autorité qui permette à une cour, et personne n'en a cité au cours des débats, d'avoir recours soit à une convention internationale pertinente, soit à des ouvrages de doctrine portant sur le droit international relativement à la négociation de conventions, ou à des rapports faits au gouvernement du Canada par des personnes qui ont participé aux négociations mentionnées dans le Règlement.

Nous devons nous limiter uniquement à la définition de l'expression «citoyen canadien» qui figure dans la *Loi sur la citoyenneté* et, aux fins du présent pourvoi, on présume, je le répète, que l'appelante satisfait aux critères de cette définition.

Même à supposer que l'on puisse se référer à l'Accord, une autre difficulté surgit: un tribunal devrait-il chercher appui dans le rapport des négociateurs? L'Accord ne limite nulle part les réclamations canadiennes à celles faites par des personnes dont la *seule* citoyenneté est canadienne. Il n'y a aucune mention de la double citoyenneté ni de la

there any reference to primary or dominant citizenship. Indeed the Agreement reveals no reliance by the Government of Czechoslovakia on any entitlement to release of claims by persons holding Canadian citizenship only, or of freedom from claims by persons who hold whatever a dominant Czechoslovakian citizenship may be found to be. Article IV, para. 1 of the Agreement, for example, provides as follows:

1. Payment in full of the sum set out in Article I shall discharge the Government of Czechoslovakia and Czechoslovak natural and juridical persons from obligations in respect of all matters covered by this Agreement; the Government of Canada will then consider as completely settled, all claims covered by this Agreement whether or not they have been brought to the attention of the Government of Czechoslovakia.

The claims referred to in the above passage are defined in Articles I and II where no reference is made to duality of citizenship or primary or dominant citizenship. The Agreement is, as has been observed, then mentioned in the Regulations which adopt the same definition of claim as in the Agreement. The Regulations, however, do not purport to limit the availability of the Fund to the compensation of Canadian citizens who happen to hold other citizenship rights elsewhere.

The respondent points to *Post Office v. Estuary Radio Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 740 (C.A.) as support for the reference to the underlying international Agreement as the basis for the interpretation of the controlling domestic Order in Council. Two comments may be made concerning that reference. Firstly, the international Agreement here is of no assistance in narrowing the definition of a Canadian citizen down to one who does not hold any other citizenship at the critical time. Secondly, the simple fact that the Regulations were an implementation of the Agreement does not entitle a court to take the next step to ascertain what the parties intended to but did not embody in the Agreement.

citoyenneté principale ou dominante. En fait, d'après ce qui se dégage de l'Accord, le gouvernement de la Tchécoslovaquie ne compte pas être déchargé de ses obligations envers les réclamations formulées par des personnes dont la seule citoyenneté est canadienne, pas plus qu'il ne se veut exempté de toute obligation relativement aux réclamations de personnes dont la citoyenneté dominante, quel que puisse être le sens de cette expression, est tchécoslovaque. Le paragraphe 1 de l'article IV de l'Accord, par exemple, prévoit:

1. Le paiement de la totalité de la somme indiquée à l'Article I libérera le Gouvernement Tchécoslovaque et les personnes physiques et morales tchécoslovaques des obligations relatives à toutes les questions réglées par le présent Accord. Le Gouvernement du Canada considérera désormais comme complètement éteintes toutes les réclamations réglées par le présent Accord, qu'elles aient été ou non portées à l'attention du Gouvernement Tchécoslovaque.

Les réclamations visées dans le passage précité sont définies aux articles I et II qui ne contiennent aucune mention de double citoyenneté ni de citoyenneté principale ou dominante. Comme je l'ai déjà fait remarquer, il est question de l'Accord dans le Règlement qui reprend la définition de réclamation de l'Accord. Le Règlement ne vise toutefois pas à limiter le recours à la Caisse quand il s'agit de l'indemnisation de citoyens canadiens qui ont des droits de citoyenneté dans un autre pays.

A l'appui du recours à l'Accord international qui sous-tend le Règlement comme fondement de l'interprétation du décret canadien applicable, l'intimée invoque l'arrêt *Post Office v. Estuary Radio Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 740 (C.A.). On peut faire deux observations à cet égard. En premier lieu, l'Accord international en l'espèce ne nous aide aucunement à limiter la définition d'un citoyen canadien à celui qui, à l'époque critique, n'est citoyen d'aucun autre pays. En second lieu, une cour ne peut, simplement parce que le Règlement est destiné à assurer la mise en oeuvre de l'Accord, aller plus loin et déterminer ce que les parties ont voulu dire mais sans l'y exprimer.

Extensive references were laid before the Court concerning the negotiation of rights by countries for compensation of their nationals by reason of expropriations or confiscation by other countries. These conventions or customs may find some validity in proceedings in specified international tribunals or perhaps even in domestic tribunals where specific legislative authority has made them operative. Here the Regulations fall to be interpreted according to the maxims of interpretation applicable to Canadian domestic law generally. The only rule of interpretation which seems to have any bearing in these proceedings is the plain meaning rule because no ambiguity can be found either in the Order in Council or indeed in the Agreement therein referred to if the latter step may be validly taken.

In the course of argument both counsel referred the Court to the judgments in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, where a remarkably similar series of transactions occurred. The trial judge was urged in argument to consider the underlying treaty when construing the operative Order in Council promulgated by the Government of the United Kingdom for the distribution of funds received under a treaty between the United Kingdom and the United Arab Republic. Browne J., the judge of first instance, in setting aside a refusal by the Commission to accept a claim for compensation, stated at p. 227:

Their claim was not expressly excluded from the treaty, but Mr. Bridge asks me to infer that it must have been the belief and intention of the Government of the United Arab Republic that it should be excluded from the inter-governmental negotiations and the compensation agreed to be paid, though General Ghaleb's letter to Mr. Denham of October 28, 1957, seems to imply the contrary. But even if it is legitimate in considering an international treaty to inquire what the subjective intentions of the parties were, I find it impossible to say that H. M. Government intended to exclude the plaintiff's claim; on balance I think it more probable that they did not.

On a produit devant la Cour une documentation abondante ayant trait à la négociation menée par certains pays pour obtenir l'indemnisation de leurs ressortissants par suite d'expropriations ou de confiscations effectuées par d'autres pays. Les conventions ou les coutumes dans ce domaine peuvent avoir une certaine valeur dans le cadre de procédures devant des tribunaux internationaux spécifiés ou peut-être même devant des tribunaux nationaux lorsqu'une autorité législative précise les rend applicables. En l'espèce, le Règlement doit être interprété suivant les maximes d'interprétation qui s'appliquent au droit interne canadien en général. La seule règle d'interprétation qui semble trouver application ici est celle du sens manifeste, car ni le décret ni d'ailleurs l'Accord qui y est mentionné, si l'on peut à bon droit s'y reporter, ne contiennent d'ambiguïté.

Au cours des débats, les avocats des deux parties ont attiré l'attention de la Cour sur les jugements dans l'affaire *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147, qui portent sur une série d'événements présentant une ressemblance frappante avec la situation en l'espèce. On avait demandé au juge de première instance au cours des plaidoiries de prendre en considération le traité pertinent pour interpréter le décret applicable qu'avait promulgué le gouvernement du Royaume-Uni en vue de distribuer les fonds reçus conformément à un traité intervenu entre le Royaume-Uni et la République arabe unie. Le juge Browne, qui présidait en première instance, a infirmé le rejet par la Commission d'une demande d'indemnisation et dit à la p. 227:

[TRADUCTION] Le traité n'exclut pas expressément leur réclamation, mais M<sup>e</sup> Bridge me demande de conclure que non seulement le gouvernement de la République arabe unie a nécessairement cru que cette réclamation serait exclue des négociations intergouvernementales et de l'indemnisation convenue, mais que telle était son intention, et ce malgré la lettre en date du 28 octobre 1957 adressée par le général Ghaleb à M. Denham qui semble donner à entendre le contraire. Mais même si l'on peut à bon droit, en examinant un traité international, s'enquérir des intentions subjectives des parties, je me vois dans l'impossibilité de conclure que le gouvernement de Sa Majesté a voulu exclure la réclamation de la demanderesse; à tout prendre, j'estime qu'il est plus probable que ce n'était pas là son intention.

The reluctance of the trial judge to be influenced in the interpretation of domestic law by an international treaty is adverted to again at p. 242, but in the final analysis the trial judge construed the operative Order in Council according to the usual canons of interpretation. In the House of Lords Lord Pearce noted that: "Substantially the whole of the Order is concerned with the treaty between the British and Egyptian Governments of 1959 . . ." (p. 202); and at p. 205 Lord Pearce finds a possible reference in the Order in Council to underlying transactions between the claimant and the ultimate purchaser of the assets in question in Egypt from the Egyptian Government. Nowhere, however, is there any clear principle enunciated that in these circumstances international law somehow overrides or imposes its interpretations on validly enacted domestic law.

Here the Order in Council, although making numerous references to the international Agreement, does not follow the Agreement entirely. However, on the essential points such as the precedential requirement of Canadian citizenship the Order in Council and the Agreement are congruent. The Agreement itself makes no reference to the possible exclusion of those Canadian citizens who happen to hold other citizenship status at the same time. The Order in Council likewise makes no such distinction. It is only by reading texts on the subject of international law or the report of the negotiators of this Agreement that one learns of the practices which have been followed elsewhere in international negotiations on this subject. Had it been the intention of the draftsman of the Order in Council or of the Governor in Council in promulgating this Order to exclude persons in the position of the appellant, such could have been accomplished by the adoption of the simplest of provisions. There is no suggestion anywhere within the four corners of the Order in Council (or indeed in the Agreement itself) of any such intention to exclude. There is, as I have said, no ambiguity, latent or patent, in the terminology of the Order in Council as regards the appellant's claim. There is therefore no authority for a court to adopt other than the plain meaning of the words used by the Governor in Council in these Regulations.

A nouveau à la p. 242, on mentionne l'hésitation du premier juge à se laisser influencer dans l'interprétation d'un texte législatif interne par un traité international, mais en dernière analyse, il a interprété le décret applicable en se reportant aux règles habituelles d'interprétation. A la Chambre des lords, lord Pearce a fait remarquer que: [TRA-DUCTION] «Le décret porte essentiellement sur le traité de 1959 entre les gouvernements britannique et égyptien . . . » (à la p. 202); et à la p. 205 il parle de ce qui peut constituer une mention dans le décret d'opérations pertinentes entre la réclamante et la société qui a fini par acheter au gouvernement égyptien les biens en question situés en Egypte. Il n'y a cependant aucune formulation claire d'un principe selon lequel, dans ces circonstances, le droit international l'emporte de quelque façon sur des textes législatifs internes validement adoptés ou leur impose ses interprétations.

En l'espèce le décret, même s'il mentionne souvent l'Accord international, ne le suit pas entièrement. Toutefois, pour ce qui est des points essentiels, comme l'exigence préalable de citoyenneté canadienne, ils concordent. L'Accord lui-même ne mentionne pas la possibilité d'exclure les citoyens canadiens qui sont en même temps citoyens d'un autre pays. Le décret ne le fait pas non plus. Ce n'est qu'à la lecture d'ouvrages de droit international ou du rapport des négociateurs de cet Accord que l'on découvre les usages qui ont été suivis ailleurs dans le cadre de négociations internationales dans ce domaine. Si le rédacteur du décret, ou le gouverneur en conseil lorsqu'il l'a promulgué, avait voulu exclure les personnes qui se trouvent dans la situation de l'appelante, il aurait suffi d'adopter une disposition des plus simples. Rien dans le décret (ou même dans l'Accord lui-même) n'indique l'intention d'exclure qui que ce soit. Comme je l'ai déjà dit, la terminologie du décret ne renferme aucune ambiguïté, que celle-ci soit latente ou manifeste, en ce qui concerne la réclamation de l'appelante. Une cour n'est donc pas fondée à adopter d'autre critère que celui du sens manifeste des mots employés par le gouverneur en conseil dans ce règlement.



I therefore would allow the appeal with costs here and in the Federal Court of Appeal and, as suggested by the respondent in the event that the appeal be allowed, would remit these proceedings to the Commission for determination of the appellant's claim in accordance with Regulations 73-681 as interpreted.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Gareau, Grey & Pohoryles, Montreal.*

*Solicitors for the respondents: Paul M. Ollivier and Jean-Marc Aubry, Ottawa.*

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel fédérale et, comme l'a suggéré l'intimée au cas où le pourvoi serait accueilli, de transmettre l'affaire à la Commission pour qu'elle statue sur la réclamation de l'appelante suivant l'interprétation donnée au règlement 73-681.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Gareau, Grey & Pohoryles, Montréal.*

*Procureurs des intimés: Paul M. Ollivier et Jean-Marc Aubry, Ottawa.*

**La Commission des accidents du travail du Québec Appellant;**

and

**Michel Valade Respondent;**

and

**The Attorney General of Quebec Mis en cause.**

File No.: 16438.

1982: May 20; 1982: June 23.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC**

*Administrative law — Workmen's compensation commission review board — Points to be considered in estimating impairment of earning capacity — Board refused to consider certain points — Writ of evocation — Code of Civil Procedure, art. 846 — Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3, s. 38(4).*

In estimating the impairment of respondent's earning capacity, a workmen's compensation commission review board refused, contrary to s. 38(4) of the *Workmen's Compensation Act*, to take into account the workman's fitness to continue his employment or to adapt himself to some other occupation. The Superior Court held that the review board had refused to exercise its jurisdiction and authorized a writ of evocation to be issued. The Court of Appeal affirmed the judgment.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.: The trial judge was justified in authorizing the issuance of a writ of evocation. First, there is nothing in the decision *a quo* to suggest that the Court of Appeal decided that the authority of a judge to authorize or refuse issuance of a writ of evocation is not discretionary. Secondly, the existence of a right of appeal to the Commission des affaires sociales does not in itself have the effect of excluding the remedy in evocation (art. 846 C.C.P.).

*Per* Lamer J.: In the circumstances of the present case, the trial judge was justified in authorizing the issuance of a writ of evocation.

**La Commission des accidents du travail du Québec Appelante;**

et

**<sup>a</sup> Michel Valade Intimé;**

et

**<sup>b</sup> Le procureur général du Québec Mis en cause.**

N° du greffe: 16438.

1982: 20 mai; 1982: 23 juin.

**<sup>c</sup> Présents:** Les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

**<sup>d</sup> Droit administratif — Bureau de révision de la Commission des accidents du travail — Éléments à considérer dans l'évaluation de la diminution de capacité de travail — Refus du Bureau de considérer certains éléments — Bref d'évocation — Code de procédure civile, art. 846 — Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3, art. 38(4).**

Dans son évaluation de la diminution de capacité de travail de l'intimé, un bureau de révision de la Commission des accidents du travail a refusé de tenir compte, contrairement au par. 38(4) de la *Loi sur les accidents du travail*, de l'aptitude du travailleur à reprendre son travail ainsi que de sa capacité à s'adapter à une autre occupation. La Cour supérieure a statué que le Bureau de révision avait refusé d'exercer sa juridiction et a autorisé la délivrance d'un bref d'évocation. La Cour d'appel a confirmé le jugement.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

**<sup>e</sup> Les juges** Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson: Le premier juge a eu raison d'autoriser la délivrance du bref d'évocation. Premièrement, rien dans l'arrêt attaqué ne permet de conclure que la Cour d'appel a décidé que le pouvoir du juge d'autoriser ou de refuser la délivrance du bref n'est pas discrétionnaire. **<sup>f</sup> Deuxièmement,** l'existence d'un droit d'appel à la Commission des affaires sociales n'a pas pour effet en soi d'exclure le recours à l'évocation (art. 846 C.p.c.).

**<sup>g</sup> Le juge** Lamer: Dans les circonstances, le juge de première instance a eu raison d'autoriser la délivrance du bref d'évocation.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1981] C.A. 37, which affirmed a judgment of the Superior Court authorizing a writ of evocation to be issued. Appeal dismissed.

*Bernard Cliche*, for the appellant.

*Alfred A. Bélisle* and *Denis Ferland*, for the respondent.

*William J. Atkinson* and *René Morin*, for the mis en cause.

English version of the judgment of Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ. delivered by

CHOUINARD J.—By a judgment dated May 26, 1980 Poitras J. of the Superior Court authorized the issuance of a writ of evocation against a decision of the Laval-Laurentides Review Board of the Commission des accidents du travail du Québec [Quebec Workmen's Compensation Commission] estimating the impairment of respondent's earning capacity as the result of an accident that occurred on January 17, 1978.

The ground was that the Review Board refused to exercise its jurisdiction, in that it based its estimate solely on the nature of the injury, whereas it should also have taken into account respondent's fitness to continue the employment in which he was injured or to adapt himself to some other suitable occupation, as provided by s. 38(4) of the *Workmen's Compensation Act*, R.S.Q. 1977, c. A-3.

The Court of Appeal affirmed the decision of the Superior Court in a unanimous judgment rendered on December 1, 1980.

Evocation is governed by art. 846 *C.C.P.*, which reads as follows:

**846.** The Superior Court may, at the demand of one of the parties, evoke before judgment a case pending before a court subject to its superintending and reforming power, or revise a judgment already rendered by such court, in the following cases:

1. when there is want or excess of jurisdiction;
2. when the enactment upon which the proceedings have been based or the judgment rendered is null or of no effects;

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1981] C.A. 37, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure autorisant la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi rejeté.

<sup>a</sup> *Bernard Cliche*, pour l'appelante.

*Alfred A. Bélisle* et *Denis Ferland*, pour l'intimé.

<sup>b</sup> *William J. Atkinson* et *René Morin*, pour le mis en cause.

Le jugement des juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson a été rendu par

<sup>c</sup> LE JUGE CHOUINARD—Par jugement en date du 26 mai 1980 le juge Poitras de la Cour supérieure a autorisé la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre d'une décision du Bureau de révision Laval-Laurentides de la Commission des accidents du travail du Québec, évaluant la diminution de capacité de travail de l'intimé à la suite d'un accident survenu le 17 janvier 1978.

<sup>e</sup> Le motif est que le Bureau de révision a refusé d'exercer sa juridiction en ce qu'il a fait son évaluation uniquement d'après la nature de la lésion alors qu'il devait tenir compte aussi de l'aptitude de l'intimé à reprendre le travail au cours duquel il a été blessé ou à s'adapter à quelque autre occupation appropriée, comme le stipule le par. 4 de l'art. 38 de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q. 1977, chap. A-3.

La Cour d'appel a confirmé la Cour supérieure par un arrêt unanime du 1<sup>er</sup> décembre 1980.

<sup>h</sup> L'évocation est régie par l'art. 846 *C.p.c.*:

<sup>i</sup> **846.** La Cour supérieure peut, à la demande d'une partie, évoquer avant jugement une affaire pendante devant un tribunal soumis à son pouvoir de surveillance ou de contrôle, ou reviser le jugement déjà rendu par tel tribunal:

1. dans le cas de défaut ou d'excès de juridiction;
2. lorsque le règlement sur lequel la poursuite a été formée ou le jugement rendu est nul ou sans effet;

3. when the proceedings are affected by some gross irregularity, and there is reason to believe that justice has not been, or will not be done;

4. when there has been a violation of the law or an abuse of authority amounting to fraud and of such a nature as to cause a flagrant injustice.

However, in the cases provided in paragraphs 2, 3 and 4 above, the remedy lies only if, in the particular case, the judgments of the court seized with the proceeding are not susceptible of appeal.

According to appellant the Court of Appeal erred in law on the following points:

[TRANSLATION]

1—In deciding that the codification by the Quebec legislator of the extraordinary remedy when there is want or excess of jurisdiction in art. 846(1) *C.C.P.* has the effect of removing the discretionary character which such a remedy has at common law;

2—In refusing to exercise its discretion with regard to the case referred to it. In view of the Quebec workmen's compensation legislation, the Superior Court and the Court of Appeal should have dismissed the motion for a writ of evocation, thus indicating to respondent that he should first have appealed to the Commission des affaires sociales [Social Affairs Commission].

With respect, as regards the first point, there is nothing in the decision *a quo*, in my view, to suggest that the Court of Appeal decided that the authority of a judge to authorize or refuse issuance of a writ of evocation is not discretionary. Consequently, appellant's first ground is not applicable in the present case.

As to the second point it should be noted, first, that the second clause of art. 846 *C.C.P.*, which allows the remedy in evocation in cases under paras. 2, 3 and 4 to be invoked only if there is no appeal, does not apply to para. 1. It follows that the existence of a right of appeal to the Commission des affaires sociales does not in itself have the effect of excluding the remedy in evocation.

Moreover, respondent, in his motion, repeatedly referred to the Review Board's refusal, despite his insistence, to consider his fitness to continue the same employment or to hold some other employ-

3. lorsque la procédure suivie est entachée de quelque irrégularité grave, et qu'il y a lieu de croire que justice n'a pas été, ou ne pourra pas être rendue;

4. lorsqu'il y a eu violation de la loi ou abus de pouvoir équivalant à fraude et de nature à entraîner une injustice flagrante.

Toutefois, ce recours n'est ouvert, dans les cas prévus aux alinéas 2, 3 et 4 ci-dessus, que si, dans l'espèce, les jugements du tribunal saisi ne sont pas susceptibles d'appel.

Selon l'appelante la Cour d'appel a erré en droit sur les points suivants:

1—En décidant que la codification par le législateur québécois du recours extraordinaire au cas de défaut ou d'excès de juridiction par l'article 846 par. 1 *C.p.c.* a comme effet de mettre de côté le caractère discrétionnaire rattaché à un tel recours en vertu de la common law;

2—En refusant d'exercer sa discrétion eu égard au cas qui lui était soumis. De fait, compte tenu des lois québécoises en matière d'indemnisation pour accident de travail, la Cour supérieure et la Cour d'appel auraient dû rejeter la requête pour émission d'un bref d'évocation, indiquant ainsi à l'intimé qu'il devait d'abord se pourvoir devant la Commission des affaires sociales.

Avec égards, quant au premier moyen, rien dans l'arrêt attaqué ne permet, à mon avis, de conclure que la Cour d'appel a décidé que le pouvoir du juge d'autoriser ou de refuser la délivrance du bref d'évocation n'est pas discrétionnaire. Par conséquent le premier moyen de l'appelante est sans objet en l'espèce.

Quant au deuxième moyen il faut noter en premier lieu que le deuxième paragraphe de l'art. 846 *C.p.c.* qui dans les cas des al. 2, 3 et 4 ne permet le recours à l'évocation que s'il n'y a pas d'appel, ne s'applique pas à l'al. 1. Il s'ensuit que l'existence d'un droit d'appel à la Commission des affaires sociales n'a pas pour effet en soi d'exclure le recours à l'évocation.

Par ailleurs l'intimé, dans sa requête, allègue de façon répétée le refus du Bureau de révision, malgré son insistance, de considérer sa capacité d'accomplir le même travail ainsi que sa capacité

ment, which it is obliged to consider under s. 38(4) of the *Workmen's Compensation Act (supra)*.

Respondent also submitted that this is a "firmly established policy" on the part of the Laval-Laurentides Review Board, whereby it systematically refuses to estimate the impairment of the accident victim's capacity as provided by the Act. He cited three earlier decisions of the Review Board to the same effect, worded in almost identical terms.

A complete review of the record leads me to the same conclusion as was reached by Claire L'Heureux-Dubé J.A. on behalf of the Court of Appeal to the effect that [TRANSLATION] "the trial judge was justified in authorizing the issuance of a writ of evocation in the circumstances of this case".

In my view it has not been established that the trial judge did not exercise a discretion judicially.

For these reasons I am of the view that the appeal should be dismissed with costs.

LAMER J.—I have read the opinion of Chouinard J. I am of the view, like him, that in the circumstances of the present case the trial judge was justified in authorizing the issuance of a writ of evocation. I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Jobin, Cliche, Paquet & Associés, Quebec.*

*Solicitors for the respondent: Godard, Bélisle, Bertrand & St-Jean, Ste-Agathe-des-Monts.*

*Solicitors for the mis en cause: Boissonneault, Roy & Poulin, Montreal; William J. Atkinson and René Morin, Ste-Foy.*

d'occuper un autre emploi que le par. 4 de l'art. 38 de la *Loi sur les accidents du travail* (précitée) lui fait un devoir de considérer.

L'intimé soumet de plus qu'il s'agit là de la part du Bureau de révision Laval-Laurentides d'une «politique fermement établie» suivant laquelle il refuse de façon systématique à l'accidenté de voir sa diminution de capacité évaluée selon que le prévoit la loi. Il cite à l'appui trois décisions antérieures du Bureau de révision au même effet et rédigées en des termes à peu près identiques.

Une revue complète du dossier m'amène à la même conclusion que celle que le juge Claire L'Heureux-Dubé exprime au nom de la Cour d'appel, à l'effet «que le premier juge a eu raison d'autoriser la délivrance du bref d'évocation dans les circonstances de la présente affaire».

A mon avis il n'a pas été démontré que le juge de première instance n'aurait pas exercé une discrétion de façon judiciaire.

Pour ces motifs je suis d'opinion de rejeter le pourvoi avec dépens.

LE JUGE LAMER—J'ai lu l'opinion de M. le juge Chouinard. Je suis d'avis, comme lui, que dans les circonstances de la présente affaire le juge de première instance a eu raison d'autoriser la délivrance du bref d'évocation. Je rejetterais l'appel avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Jobin, Cliche, Paquet & Associés, Québec.*

*Procureurs de l'intimé: Godard, Bélisle, Bertrand & St-Jean, Ste-Agathe-des-Monts.*

*Procureurs du mis en cause: Boissonneault, Roy & Poulin, Montréal; William J. Atkinson et René Morin, Ste-Foy.*

**The Corporation of the Township of Innisfil**  
*Appellant;*

and

**The Corporation of the Township of Vespra, the Corporation of the Township of Oro, the Corporation of the County of Simcoe, and the Corporation of the City of Barrie**  
*Respondents;*

and

**South Simcoe Estates, Seven Acorns Investments Ltd., Heritage Glen North and Heritage Glen West, and Paramount Development Corporation** (*Respondents added by Order of the Divisional Court*).

1982: December 9.

Present: Estey J.

MOTION TO VARY MINUTES OF JUDGMENT

*Appeal — Practice — Motion to vary minutes of judgment as settled — Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 46.*

MOTION to vary the minutes of judgment<sup>1</sup> as settled by amending the same. Motion granted.

*Barbara McIsaac*, for the motion submitted by the Corporation of the City of Barrie.

*Henry Brown*, for the appellant.

Consent filed on behalf of other parties.

Order of ESTEY J.—The appeal is allowed in part and the Certificate of Order of the Ontario Court of Appeal is amended by deleting clause (5)(a) and replacing it with the following words:

“erred in refusing to permit cross-examination on the statement of policy of the Government of Ontario”.

The appellant is entitled to costs in this Court but there will be no variation in the Order for costs made in the courts below.

*Motion to vary granted.*

<sup>1</sup> [1981] 2 S.C.R. 145.

**La municipalité du canton d'Innisfil**  
*Appelante;*

et

<sup>a</sup> **La municipalité du canton de Vespra, la municipalité du canton d'Oro, la municipalité du comté de Simcoe et la municipalité de la ville de Barrie** *Intimées;*

<sup>b</sup>

et

<sup>c</sup> **South Simcoe Estates, Seven Acorns Investments Ltd., Heritage Glen North et Heritage Glen West, et Paramount Development Corporation** (*Intimées ajoutées sur l'ordre de la Cour divisionnaire*).

1982: 9 décembre.

<sup>d</sup> Présent: Le juge Estey

REQUÊTE EN MODIFICATION DE LA MINUTE D'UN JUGEMENT

<sup>e</sup> *Appel — Pratique — Requête en modification de la minute du jugement déterminé — Règles de la Cour suprême du Canada, règle 46.*

REQUÊTE en modification de la minute du jugement<sup>1</sup> déterminé. Requête accordée.

<sup>f</sup> *Barbara McIsaac*, pour la requête présentée par la municipalité de la ville de Barrie.

*Henry Brown*, pour l'appelante.

<sup>g</sup> Consentement produit au nom des autres parties.

<sup>h</sup> Ordonnance du juge ESTEY—Le pourvoi est accueilli en partie et le certificat d'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario est modifié en supprimant la clause (5)(a) et en la remplaçant par les mots suivants:

<sup>i</sup> «a commis une erreur en n'autorisant pas de contre-interrogatoire au sujet de l'énoncé d'orientation du gouvernement de l'Ontario».

<sup>j</sup> L'appelante a droit aux dépens en cette Cour mais il n'y aura pas de modification de l'ordonnance d'adjudication des dépens dans les cours d'instance inférieure.

*Requête en modification accordée.*

<sup>1</sup> [1981] 2 R.C.S. 145.



# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Jurisdiction – Agricultural Stabilization Board – Stabilization subsidies – Apple producers – Whether the Board had authority to fix top and bottom limits on quantities for the subsidy payments – Agricultural Stabilization Act, R.S.C. 1970, c. A-9, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 63, ss. 2(1), 2(2), 4(5), 7, 8, 8.1, 8.2, 9, 10, 11 – Apple Stabilization Regulations, SOR/76-518, ss. 4, 5, 6.

JACOBS *et al.* v. AGRICULTURAL STABILIZATION BOARD, 125.

2. Investigation by the Commission des droits de la personne – Crown privilege not to disclose documents – Objection by affidavit – Objection dismissed by Commission – Whether Commission a court within the meaning of s. 41(2) of the Federal Court Act – Whether affidavit meets requirements of s. 41(2) – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 – Charter of human rights and freedoms, 1975 (Que.), c. 6, ss. 6, 7, 9, 10, 11, 12.

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA *et al.*, 215.

3. CRTC jurisdiction – Condition on licence renewal – Program control – Whether condition subordinated to the regulation-making power – Whether CRTC failed to give proper notice of particular condition – Executive committee members participating in decision on renewal – Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) – Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, 1974-75-76 (Can.), c. 49, s. 12.

CRTC v. CTV TELEVISION NETWORK LTD. *et al.*, 530.

4. CRTC jurisdiction – Condition on licence renewal – Program control – Whether condition subordinated to the regulation-making power – Whether CRTC failed to give proper notice of particular condition – Executive committee members participating in decision on renewal – Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) – Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, 1974-75-76 (Can.), c. 49, s. 12.

CTV TELEVISION NETWORK LTD. v. CRTC *et al.*, 530.

5. Judicial review – Canada Labour Relations Board – Privative clause – Union refusing to proceed with part-time employee dismissal grievance – Board holding union's refusal to be a breach of duty of fair representation – Board ordering grievance to proceed to arbitration – Whether Board decision reviewable – Whether Board acted beyond its jurisdiction – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 as amended, ss. 118(p)(vii), 121, 122, 136.1, 155, 187, 189 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a).

TEAMSTERS UNION, LOCAL 938 v. MASSICOTTE *et al.*, 710.

6. Commission des affaires sociales – Jurisdiction – Writ of evocation – Hospital limiting privileges of physician – Decision reversed by the Commission – Non-renewal extraneous to

## ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

grounds provided by Act – Whether Commission exceeded its jurisdiction – Reasonable interpretation of s. 92b of Act – Meaning of “having regard to the particular requirements of the hospital centre” – Code of Civil Procedure, art. 846 – Act respecting health services and social services, 1971 (Que.), c. 48, as amended by 1974 (Que.), c. 42, ss. 92, 92a, 92b, 92c.

ST. LUC HOSPITAL v. LAFRANCE *et al.*, 974.

7. Workmen's compensation commission review board – Points to be considered in estimating impairment of earning capacity – Board refused to consider certain points – Writ of evocation – Code of Civil Procedure, art. 846 – Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3, s. 38(4).

COMMISSION DES ACCIDENTS DU TRAVAIL DU QUÉBEC v. VALADE, 1103.

## APPEAL

1. Practice – Leave to appeal granted – Appeal held to be abandoned – Re-hearing granted – Motions for extension of time for hearing of appeal and to reinscribe appeal for hearing.

FEE *et al.* v. BRADSHAW *et al.*, 608.

2. Jurisdiction – Supreme Court of Canada – Question of law alone – Court of Appeal found errors by trial judge – Appeal dismissed for want of substantial wrong or miscarriage of justice – Whether application of this proviso a question of law alone – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(b)(iii), 618.

MAHONEY v. THE QUEEN, 834.

3. Fresh evidence available after conviction – Test for admitting new evidence not met – Appeal from order for new trial.

R. v. BROWN, 859.

4. Practice – Motion to vary minutes of judgment as settled – Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 46.

INNISFIL (CORPORATION OF THE TOWNSHIP) v. CORPORATION OF THE TOWNSHIP OF VESPRA *et al.*, 1107.

## BANKRUPTCY

1. Petition in bankruptcy – Petition for the appointment of an interim receiver – Whether partnership considered “individuals” engaged solely in farming – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 25, 28, 30.

LANGILLE *et al.* v. TORONTO-DOMINION BANK, 34.

2. Immovable seized prior to bankruptcy – Judicial sale after bankruptcy but before copy of assignment filed – Purchaser in good faith – Procedure to suspend sale or terminate



**BANKRUPTCY—Concluded**

sheriff's proceedings not followed – Whether s. 51 of Bankruptcy Act applicable to judicial sales subsequent to bankruptcy – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 50, 51, 52, 53 – Code of Civil Procedure, art. 569, 673, 688.

GOBEIL v. CIE H. FORTIER *et al.*, 988.

**CIVIL CODE**

|  |     |
|--|-----|
| 1.—Articles 269, 290, 307, 1008, 1214, 1235, 1484, 1918, 1920, 1921..... | 751 |
| See: CIVIL LAW   |     |
| 2.—Articles 283 (former), 290, 1484.....                                 | 751 |
| See: CIVIL LAW   |     |
| 3.—Articles 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 9811.....                    | 250 |
| See: TRUSTS AND TRUSTEES   |     |
| 4.—Article 997.....  | 751 |
| See: CIVIL LAW   |     |
| 5.—Articles 1053, 1054, 1055.....  | 452 |
| See: NEGLIGENCE  |     |
| 6.—Articles 2242, 2243.....  | 751 |
| See: CIVIL PROCEDURE   |     |

**CIVIL LAW**

1. Sale of immoveables – Pupils' property purchased by tutrix through interposed party – Subsequent sale to *bona fide* third party purchasers – Expropriation – Chain of title defective – Apparent defect – Defect can be opposed to third party – Judgment authorizing confirmation of voidable deeds – Confirmation unlawful – Sales and judgment annulled – Civil Code, arts. 269, 290, 307, 1008, 1214, 1235, 1484, 1918, 1920, 1921 – Code of Civil Procedure, arts. 774 (former), 792 (former), 1355 (former), 1066v (former) – Quebec Railway Act, R.S.Q. 1941, c. 291, s. 91 – Roads Act, R.S.Q. 1941, c. 141, s. 104.

DENIS-COSSETTE *et al.* v. GERMAIN *et al.*, 751.

2. Tutorship – Pupils' property purchased by tutrix through interposed party – Remarriage of tutrix – Tutorship ceases – *De facto* tutor subject to same incapacities as *de jure* tutor – Civil Code, arts. 283 (former), 290, 1484.

DENIS-COSSETTE *et al.* v. GERMAIN *et al.*, 751.

3. Conveyance – Consent by reason of violence and threats not established – Reverential fear – Civil Code, art. 997.

DENIS-COSSETTE *et al.* v. GERMAIN *et al.*, 751.

**CIVIL PROCEDURE**

Direct action in nullity – Judgment authorizing confirmation of voidable deeds – Confirmation unlawful – Judgment of voluntary jurisdiction – *Res judicata* – Deadline for bringing

**CIVIL PROCEDURE—Concluded**

action – Code of Civil Procedure, arts. 2, 26, 482, 483 – Civil Code, arts. 2242, 2243.

DENIS-COSSETTE *et al.* v. GERMAIN *et al.*, 751.

**CIVIL RIGHTS**

Alleged discrimination on basis of age – Firemen dismissed at age 60 pursuant to collective agreement – Whether or not mandatory retirement a bona fide occupational qualification – The Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318, ss. 4(1), (6), 14a, 14d, as amended.

ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION *et al.* v. BOROUGH OF ETOBICOKE, 202.

**CODE OF CIVIL PROCEDURE**

|  |      |
|--|------|
| 1.—Articles 2, 26, 482, 483.....   | 751  |
| See: CIVIL PROCEDURE   |      |
| 2.—Articles 25, 26, 29.....  | 589  |
| See: INCOME TAX  |      |
| 3.—Article 26.....   | 605  |
| See: INCOME TAX  |      |
| 4.—Articles 569, 673, 688.....   | 988  |
| See: BANKRUPTCY  |      |
| 5.—Articles 774 (former), 792 (former), 1355 (former), 1066v (former)..... | 751  |
| See: CIVIL LAW   |      |
| 6.—Article 846.....  | 974  |
| See: ADMINISTRATIVE LAW  |      |
| 7.—Article 846.....  | 974  |
| See: PHYSICIANS AND SURGEONS   |      |
| 8.—Article 846.....  | 1103 |
| See: ADMINISTRATIVE LAW  |      |

**CONSTITUTIONAL LAW**

1. Courts – Jurisdiction – Family law – Guardianship of person of the child – Custody and access – Occupancy rights of family residence – Non-entry orders – Whether or not provincial legislation granting provincial court jurisdiction *ultra vires* under s. 96 of the B.N.A. Act – British North America Act, R.S.C. 1970, Appendix II, s. 96 – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 6(1)(a), (b), (d), (e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79.

RE: B.C. FAMILY RELATIONS ACT, 62.

2. Newfoundland Terms of Union – Continuing pre-Confederation Newfoundland legislation in federal sphere – Federal regulation in force – Prosecution pursuant to provincial Act –

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

Whether or not provincial Act made ineffective by federal legislation – British North America Act, 1949, R.S.C. 1970, Appendix II, Terms 3, 18(1),(2) – The Seal Fishery Act, R.S.Nfld. 1970, c. 347, s. 15 – Seal Protection Regulations, SOR/66-235, as amended, s. 24.

MOORE v. JOHNSON *et al.*, 115.

3. Taxation – Provincial sales tax – Free distribution of catalogues – Ultimate consumer for tax purposes – Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, ss. 4, 5, 7, 8, 11.2 – British North America Act, 1867, s. 92(2).

MINISTER OF FINANCE OF NEW BRUNSWICK *et al.* v. SIMPSONS-SEARS LTD., 144.

4. Crown privilege not to disclose documents – Privilege pleaded in the interest of national security – Whether s. 41(2) of Federal Court Act void because of the Canadian Bill of Rights – Whether *ultra vires* Parliament or constitutionally inapplicable to a provincial tribunal – British North America Act, 1867, s. 92(14) – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 – Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA *et al.*, 215.

5. Taxation – National Energy Policy – Provincially owned resource – Whether or not proposed federal tax on natural gas exported by Alberta within the legislative competence of Parliament – British North America Act, 1867, R.S.C. 1970, Appendix II, ss. 91(2),(3), 108, 109, 117, 125 – British North America Act, 1930, R.S.C. 1970, Appendix II, s. 1 – Alberta Act, 1905 (Can.), c. 3 (R.S.C. 1970, Appendix II), s. 20(1) – Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13 – Petroleum Administration Act, 1974-75-76, (Can.), c. 47 – National Energy Board Act, R.S.C. 1970, c. N-6 – National Energy Board Part VI Regulations, C.R.C. 1978, c. 1056.

RE: EXPORTED NATURAL GAS TAX, 1004.

**CONTEMPT OF COURT**

Charges of indecent assault – Impartiality of trial judge questioned – Statements by accused at trial do not constitute contempt of court – Contempt of court procedure not followed.

FLAMAND v. THE QUEEN, 337.

**CONTRACTS**

1. Interpretation – Termination – Football player cut from club – Contract signed with another club – Whether or not first contract terminated – Whether or not player able to collect pay pursuant to first contract on second club's collapse.

BARTON v. AGINCOURT FOOTBALL ENTERPRISES LTD., 666.

2. Franchise agreement – Debenture and personal guarantees securing corporate debt – Seizure of assets, including those

**CONTRACTS—Concluded**

held personally, without notice – Subsequent agreement settling financing difficulties – Damages sought for unlawful seizure, improper disposition of company's assets, and negligent misrepresentation prior to granting of personal guaranties.

LISTER (R.E.) LTD. *et al.* v. DUNLOP CANADA LTD., 726.

3. Collateral warranty – Information about project sought and received from C.P.R. employee inaccurate – Work more substantial than indicated – Written contract excluding appellant's reliance on such information – Whether or not damages recoverable for breach of collateral warranty.

CARMAN CONSTRUCTION LTD. v. CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. *et al.*, 958.

**COURTS**

1. Appellate court power respecting findings of fact – Trial judge hearing case retired before making judgment – Judgment made by another judge based on transcript – Ability of Court of Appeal to consider evidence relative to that of judge making decision.

PITRE *et al.* v. ROBINSON, 283.

2. Practice – Appeal abandoned by delay – Rules of the Supreme Court of Canada, Rule 59.

FEE *et al.* v. BRADSHAW *et al.*, 607.

**CRIMINAL LAW**

1. Duty of an appellate tribunal – Charge of assault causing bodily harm – Trial judge failing to consider evidence of four witnesses – Whether the trial judge overlooked evidence bearing on the relevant issue – New trial ordered.

HARPER v. THE QUEEN, 2.

2. Evidence – Statements against penal interest – Hearsay – Exception to the hearsay rule – Whether such statements having an inculpatory effect on the accused admissible.

LUCIER v. THE QUEEN, 28.

3. Trial – Election by accused for a trial by judge and jury – Re-election for trial by judge alone – Whether failure to comply with re-election procedure depriving court of jurisdiction – Whether an accused may waive compliance with the procedural requirements of s. 492 of the Criminal Code – Whether the accused did waive them – Waiver must be clear and unequivocal – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 492.

KORPONAY v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 41.

4. Possession of heroin for the purpose of trafficking – Non-compliance of trial judge with s. 8 procedure of the Narcotic Control Act – Error of law – No waiver – Non-applicability of s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code – New trial

**CRIMINAL LAW—Continued**

ordered – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 8 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

KORPONAY V. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 41.

5. Appeals – Questions of fact – No reversible error on part of trial judge.

STERNER *et al.* V. THE QUEEN, 172.

6. Probation order violation – Deputy Clerk and not the presiding judge explained ss. 664(4) and 666 of the Code to accused – Whether s. 663(4)(c) was properly complied with – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 663(4).

STERNER V. VANDER KRACHT, 173.

7. Search warrants – Right to inspect search warrants and informations on which search warrants based – Whether access restricted to “interested parties” or open to general public – Whether right to inspect only on execution of search warrant or whether hearings dealing with search warrants open – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 443, 446.

ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA *et al.* V. MACINTYRE, 175.

8. Impaired driving – Care or control – No intention to drive – Applicability of s. 237(1)(a) in a charge under s. 236 of Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended.

FORD V. THE QUEEN, 231.

9. Two convictions for same act – Whether second conviction proper – Whether the Quon case continues to govern – Whether s. 21 applicable to a charge under s. 83 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 21, 83.

MCGUIGAN V. THE QUEEN, 284.

10. Breach of trust by a municipal officer – Municipal corruption – Criminal Code, ss. 111, 112(1)(f).

LEBLANC V. THE QUEEN, 344.

11. Breach of trust by a municipal officer – Municipal corruption – Criminal Code, ss. 111, 112(1)(f).

LAMARCHE V. THE QUEEN, 345.

12. Powers of court of appeal – Information – Conviction of possession of goods obtained by crime – Crown seeking to amend information at appellate level to conform to evidence – Distinction between “obtained by the commission of an indictable offence” and “derived directly or indirectly from the commission of an indictable offence” – Conviction quashed and new trial ordered on the amended information – Whether criminal appeal court can amend the information – Criminal Code, ss. 312(1)(a), 610(3), 613(8).

R. V. GEAUVREAU, 485.

13. Conspiracy to breach foreign law – Indictment without reference to foreign law – Amendment refused – Non-suit for want of evidence supporting indictment – Whether or not the Court of Appeal could set acquittal aside, and direct trial to

**CRIMINAL LAW—Concluded**

continue to enable defence to call evidence or to close – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(1)(d), (3), 613(4).

GUNN V. THE QUEEN, 522.

14. Voluntariness and admissibility of a confession – Accused making two statements two months apart – First statement ruled inadmissible – Whether second statement admissible.

HOBBS V. THE QUEEN, 553.

15. Common law conspiracy – Conspiracy to cause persons to come into the United States unlawfully – Offence known to Canadian law – Presumption of territoriality under s. 423(3) of the Criminal Code – Information meets requirements of Criminal Code – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(2)(a), 423(3) [as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 36], 463, 510, 512.

BOLDUC V. ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC *et al.*, 573.

16. Sentence – Imposition of consecutive sentences – Meaning of “before the same court at the same sittings” – Power to sentence consecutively – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 645(4)(a), 645(4)(c), 649(1).

PAUL V. THE QUEEN, 621.

17. *Habeas corpus* – Commencement of sentence – Warrants of committal – Consecutive rather than concurrent sentences of imprisonment – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 649(3), (4).

GOYETTE V. THE QUEEN, 688.

18. Search and seizure – False statement by legal aid applicant regarding his income – Warrant issued to search legal aid offices – Legal aid application form seized – Solicitor-client privilege – Right to have communications with lawyer kept confidential – Right reflected in substantive rule and rule of evidence (privilege) – Extent of the power of a justice to authorize a search warrant with terms of execution – Scope of this power with regard to law firms – Criminal Code, s. 443.

DESCÔTEAUX *et al.* V. MIERZWINSKI, 860.

19. Theft – Possession of stolen goods – Doctrine of recent possession – No evidence establishing date of the theft – Trial judge’s finding of fact regarding date of theft unreasonable – Charge to jury – Whether trial judge erred in law regarding recency – Criteria to establish recent possession – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 312(1).

SAIEVA V. THE QUEEN, 897.

20. Conspiracy – Proof required to indicate accused’s membership in a conspiracy before hearsay exception becomes applicable – Charge to jury – Criminal Code, s. 423(1)(d).

R. V. CARTER, 938.

21. Evidence – Hearsay – Conspirators’ exception – Proof required to indicate accused’s membership in a conspiracy before hearsay exception becomes applicable.

R. V. CARTER, 938.

**DAMAGES**

Fatal accident – Action by widow – Quantum – Multiplier principle of assessment – Probability of remarriage – Contingency deduction.

JANKE *v.* HOLZER, 281.

**EVIDENCE**

1. Letters rogatory – U.S. tax case – Production of documentary evidence in Canada – Documentary evidence not ancillary to *viva voce* testimony – Whether or not documentary evidence alone subject to s. 43 of the Canada Evidence Act – Admissibility of illegally obtained telephone taps in s. 43 hearing – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 43, 47 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.2, 178.16, 446.

UNITED STATES DISTRICT COURT, MIDDLE DISTRICT OF FLORIDA *v.* ROYAL AMERICAN SHOWS, INC. *et al.*, 414.

2. Letters rogatory – U.S. tax case – Production of documentary evidence in Canada – Documentary evidence not ancillary to *viva voce* testimony – Whether or not documentary evidence alone subject to s. 43 of the Canada Evidence Act – Admissibility of illegally obtained telephone taps in s. 43 hearing – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 43, 47 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.2, 178.16, 446.

UNITED STATES OF AMERICA *v.* ROYAL AMERICAN SHOWS, INC. *et al.*, 414.

3. Corroboration – Accomplices – Charge to jury – Whether or not trial judge required by law to instruct jury as to danger of unconfirmed testimony of an accomplice – Whether or not trial judge to define corroboration and analyse evidence in that regard.

VETROVEC *v.* THE QUEEN, 811.

4. Solicitor-client privilege – False statement by legal aid applicant regarding his income – Legal aid application form seized – Whether information supplied by applicant is privileged – Point in time when solicitor-client relationship arises.

DESCÔTEAUX *et al.* *v.* MIERZWINSKI, 860.

5. Admissibility – Similar fact evidence – Whether or not evidence from those episodes without a direct connection to accused should be admitted.

SWEITZER *v.* THE QUEEN, 949.

**EXTRADITION**

Admissibility of evidence – Unsworn depositions taken in Italy held inadmissible by extradition judge – Whether unsworn depositions admissible in Canadian extradition proceedings – Extradition Treaty between Great Britain and Italy, 1873, (1873) 6 Canada Gazette 1247 (No. 47, 23/5/1873), article XI – Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 3, 13, 16.

GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF ITALY *v.* PIPERNO, 320.

**INCOME TAX**

1. Authorization of Minister of National Revenue to enter, search and seize – Approval given by a Superior Court judge – No right of appeal from approval to Court of Appeal – Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 231(4),(5) – Code of Civil Procedure, arts. 25, 26, 29.

GOODMAN *v.* ROMPKY *et al.*, 589.

2. Authorization of Minister of National Revenue to enter, search and seize – Approval given by a Superior Court judge – No right of appeal from approval to Court of Appeal – Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 231(4),(5) – Code of Civil Procedure, art. 26.

EQUIPEMENTS ROCBEC INC. *et al.* *v.* MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 605.

**INDIANS**

Surrender of Indian lands – Consent required.

CARDINAL *et al.* *v.* THE QUEEN, 508.

**INJUNCTION**

Income tax – Offences – Injunction to prohibit filing Minister's certificate as evidence – Jurisdiction of Federal Court Trial Division – Injunction denied – No remedy under s. 18 of Federal Court Act – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 18 – Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 244(4).

FEE *et al.* *v.* BRADSHAW *et al.*, 609.

**INSURANCE**

1. Indemnification – Terms of contract – Whether or not terms met.

CONTINENTAL INSURANCE CO. *v.* DALTON CARTAGE CO. LTD. *et al.*, 164.

2. Evidence – Exclusion clause – Onus on insurer – Balance of probabilities.

CONTINENTAL INSURANCE CO. *v.* DALTON CARTAGE CO. LTD. *et al.*, 164.

**INTERPRETATION**

1. Indian Act – Degree of assent required for valid surrender of Indian lands – Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81, s. 49(1),(2),(3),(4).

CARDINAL *et al.* *v.* THE QUEEN, 508.

2. Construction of penal statute – Cumulative punishments – Legislative history – Exceptional construction – Avoidance of absurd results – No meaning given to the words "at the same"

**INTERPRETATION—Concluded**

sittings” – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 645(4)(a), 645(4)(c).

PAUL V. THE QUEEN, 621.

---

**LABOUR RELATIONS**

1. Arbitration – Dismissal – Collective agreement allowing reinstatement with compensation in cases of unjust dismissal – Severity of penalty in relation to infraction – Authority of Board to order reinstatement but without compensation – The Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 25(3).

DAIRY PRODUCERS CO-OPERATIVE LTD. OF PRINCE ALBERT V. LYONS, 338.

2. Public service – Designated employees – Nature and scope of the duty of the Public Service Staff Relations Board under s. 79 of the Public Service Staff Relations Act – Whether the Board erred – Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 79.

C.A.T.C.A. V. THE QUEEN, 696.

3. Arbitration as to items to be incorporated into first collective agreement – The Public Service Employee Relations Board finding certain items non-arbitral by statute – Findings of Court reviewing Board’s decision appealed – Whether or not items properly excluded from arbitration board’s consideration by Court of Appeal – The Public Service Employee Relations Act, 1977 (Alta.), c. 40, ss. 9, 11, 48, 49, 89.

ALBERTA UNION OF PROVINCIAL EMPLOYEES, BRANCH 63 EDMONTON *et al.* V. BOARD OF GOVERNORS OF OLDS COLLEGE, 923.

---

**LAND TITLES**

Adverse possession – Disputed land used occasionally by claimant over number of years – Whether or not respondent’s title extinguished.

PITRE *et al.* V. ROBINSON, 283.

---

**LIMITATION OF ACTIONS**

Action to recover from co-sureties – Date that right to call for contributions from co-sureties arose – The Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, c. 84, s. 3.

HAWRISH V. PETERS *et al.*, 1083.

---

**MANDAMUS**

1. Extradition proceedings against Italian citizen – Unsworn depositions taken in Italy held inadmissible by extradition judge – Whether *mandamus* lies to compel admission of

**MANDAMUS—Concluded**

the depositions – Whether other form of relief available – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.

GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF ITALY V. PIPERNO, 320.

2. Preliminary inquiry – Motion to quash indictment allowed by the justice of the peace – Error of law amounting to refusal to exercise jurisdiction – Basis for *mandamus*.

BOLDUC V. ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC *et al.*, 573.

---

**MATRIMONIAL LAW**

1. Division of assets – Joint farming operation – Inherited farm land owned separately by wife – Husband not entitled to one half inflationary increment of land’s value.

BEARD V. BEARD, 282.

2. Reciprocal enforcement of maintenance orders – Validity of order questioned before enforcing court – Whether or not enforcing court has jurisdiction to determine validity of order – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 2, 11(1),(2), 15.

RUTTAN V. RUTTAN, 690.

---

**NEGLIGENCE**

Girl falling from hotel window – Function of screen – Radiator in front of window trap or apparent danger – Presumption of art. 1054 C.C. – Special provisions of art. 1055 C.C. – Mistake to refer to common law categories of invitee, licensee and trespasser in civil law – Role of an appellate court – Civil Code, arts. 1053, 1054, 1055.

RUBIS V. GRAY ROCKS INN LTD., 452.

---

**PATENTS**

Infringement – Settlement by patentee – Action of non-exclusive licensee against an infringer for damages – Interpretation and application of s. 57 of the Patent Act – No distinction between exclusive and non-exclusive licensee – Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 57.

ARMSTRONG CORK CANADA V. DOMCO INDUSTRIES LTD., 907.

---

**PHYSICIANS AND SURGEONS**

Hospital – Non-renewal of privileges – Non-renewal extraneous to grounds provided by Act – Code of Civil Procedure, art. 846 – Act respecting health services and social services, 1971 (Que.), c. 48, as amended by 1974 (Que.), c. 42, ss. 92, 92a, 92b, 92c.

ST. LUC HOSPITAL V. LAFRANCE *et al.*, 974.

**POLICE**

Arbitration – Jurisdiction – Dismissal on probation – Working conditions, other than those governed by regulations, subject to negotiation – Collective agreement requiring reasonable cause for discharge – Regulation governing discharge of probationary constables – Arbitrator's jurisdiction to hear grievance.

METRO-TORONTO POLICE ASSOCIATION V. METRO-TORONTO BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE, 451.

**PRACTICE**

1. Application to strike out – Whether or not statement of claim scandalous, frivolous and vexatious, and disclosing no reasonable claim – Yukon Supreme Court Rules, Rule 24(a),(b).

HANSON *et al.* v. JOHNSON *et al.*, 619.

2. Appeal adjourned – No factum filed – Respondent did not appear and was not represented by counsel – Appointment of an *amicus curiae*.

R. v. CARTER (APPEAL ADJOURNED), 937.

**RESTITUTION**

Mistake of law – Money had and received because of mistaken belief as to law – Refund sought – Whether or not monies recoverable – The Power Corporation Act, R.S.O. 1970, c. 354, ss. 7, 39, 58, 76, 82.

HYDRO ELECTRIC COMMISSION OF NEPEAN V. ONTARIO HYDRO, 347.

**SECURITIES**

Debenture – Petition in bankruptcy filed before registration – Priorities – Effect of s. 75 of Bankruptcy Act – Whether or not late registration of debenture should be allowed – The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, c. 88, s. 7 – Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 75.

HALPENNY (ESTATE) V. PADDON, 559.

**STATUTES**

Interpretation – Regulations entitling Canadian citizens to claim from Foreign Claims Commission – Definition of “Canadian citizen” – Whether Regulations may be interpreted by reference to extraneous materials – Foreign Claims (Czechoslovakia) Settlement Regulations, SOR/73-681, ss. 2, 4, 7 – Appropriation Act No. 9, 1966, 1966-67 (Can.), c. 55, vote 22a.

SCHAVERNOCH V. FOREIGN CLAIMS COMMISSION *et al.*, 1092.

**STATUTES**

1.—Act respecting health services and social services, 1971 (Que.), c. 48, as amended by 1974 (Que.), c. 42, ss. 92, 92a, 92b, 92c..... 974

See: ADMINISTRATIVE LAW

2.—Act respecting health services and social services, 1971 (Que.), c. 48, as amended by 1974 (Que.), c. 42, ss. 92, 92a, 92b, 92c..... 974

See: PHYSICIANS AND SURGEONS

3.—Agricultural Stabilization Act, R.S.C. 1970, c. A-9, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 63, ss. 2(1), 2(2), 4(5), 7, 8, 8.1, 8.2, 9, 10, 11..... 125

See: ADMINISTRATIVE LAW

4.—Alberta Act, 1905 (Can.), c. 3 (R.S.C. 1970, Appendix II), s. 20(1)..... 1004

See: CONSTITUTIONAL LAW

5.—Appropriation Act No. 9, 1966, 1966-67 (Can.), c. 55, vote 22a..... 1092

See: STATUTES

6.—Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 2, 25, 28, 30..... 34

See: BANKRUPTCY

7.—Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 75..... 559

See: SECURITIES

8.—Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 50, 51, 52, 53..... 988

See: BANKRUPTCY

9.—British North America Act, R.S.C. 1970, Appendix II, s. 96..... 62

See: CONSTITUTIONAL LAW

10.—British North America Act, 1949, R.S.C. 1970, Appendix II, Terms 3, 18(1),(2)..... 115

See: CONSTITUTIONAL LAW

11.—British North America Act, 1867, s. 92(2)..... 144

See: CONSTITUTIONAL LAW

12.—British North America Act, 1867, s. 92(14)..... 215

See: CONSTITUTIONAL LAW

13.—British North America Act, 1867, R.S.C. 1970, Appendix II, ss. 91(2),(3), 108, 109, 117, 125..... 1004

See: CONSTITUTIONAL LAW

14.—British North America Act, 1930, R.S.C. 1970, Appendix II, s. 1..... 1004

See: CONSTITUTIONAL LAW

15.—Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4)..... 530

See: ADMINISTRATIVE LAW

16.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 43, 47..... 414

See: EVIDENCE

17.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 as amended, ss. 118(p)(vii), 121, 122, 136.1, 155, 187, 189... 710

See: ADMINISTRATIVE LAW

## STATUTES—Continued

|  |     |
|--|-----|
| 18.—Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).....   | 215 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>   |     |
| 19.—Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, 1974-75-76 (Can.), c. 49, s. 12. ....                         | 530 |
| <i>See: ADMINISTRATIVE LAW</i>   |     |
| 20.—Charter of human rights and freedoms, 1975 (Que.), c. 6, ss. 6, 7, 9, 10, 11, 12.....  | 215 |
| <i>See: ADMINISTRATIVE LAW</i>   |     |
| 21.—Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, c. 88, s. 7.....   | 559 |
| <i>See: SECURITIES</i>   |     |
| 22.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 492.....   | 41  |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 23.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).....  | 41  |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 24.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 663(4). ...  | 173 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 25.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 443, 446.....   | 175 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 26.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, ss. 236, 237(1)(a).....   | 231 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 27.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended ss. 21, 83.....  | 284 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 28.—Criminal Code, ss. 111, 112(1)(f). ....  | 344 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 29.—Criminal Code, ss. 111, 112(1)(f). ....  | 345 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 30.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.2, 178.16, 446.....   | 414 |
| <i>See: EVIDENCE</i>   |     |
| 31.—Criminal Code, ss. 312(1)(a), 610(3), 613(8).....  | 485 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 32.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(1)(d), (3), 613(4).....   | 522 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 33.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 423(2)(a), 423(3) [as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 36], 463, 510, 512..... | 573 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 34.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 645(4)(a), 645(4)(c).....   | 621 |
| <i>See: INTERPRETATION</i>   |     |
| 35.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 645(4)(a), 645(4)(c), 649(1).....   | 621 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 36.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 649(3),(4).....  | 688 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |

## STATUTES—Continued

|  |      |
|--|------|
| 37.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1)(b)(iii), 618.....  | 834  |
| <i>See: APPEAL</i>   |      |
| 38.—Criminal Code, s. 443.....   | 860  |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |      |
| 39.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, s. 312(1). ....  | 897  |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |      |
| 40.—Criminal Code, s. 423(1)(d). ....  | 938  |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |      |
| 41.—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, ss. 2, 11(1),(2), 15.....  | 690  |
| <i>See: MATRIMONIAL LAW</i>  |      |
| 42.—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13.....  | 1004 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>   |      |
| 43.—Extradition Act, R.S.C. 1970, c. E-21, ss. 3, 13, 16.....  | 320  |
| <i>See: EXTRADITION</i>  |      |
| 44.—Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 6(1)(a), (b), (d), (e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79..... | 62   |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>   |      |
| 45.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41.....  | 215  |
| <i>See: ADMINISTRATIVE LAW</i>   |      |
| 46.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41.....  | 215  |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>   |      |
| 47.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.....   | 320  |
| <i>See: MANDAMUS</i>   |      |
| 48.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 18.....  | 609  |
| <i>See: SALE</i>   |      |
| 49.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 18.....  | 609  |
| <i>See: TAXATION</i>   |      |
| 50.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a).....  | 710  |
| <i>See: ADMINISTRATIVE LAW</i>   |      |
| 51.—Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 231(4),(5).....   | 589  |
| <i>See: INCOME TAX</i>   |      |
| 52.—Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 231(4),(5).....   | 605  |
| <i>See: INCOME TAX</i>   |      |
| 53.—Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 244(4).....   | 609  |
| <i>See: TAXATION</i>   |      |
| 54.—Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 244(4).....   | 609  |
| <i>See: INJUNCTION</i>   |      |

**STATUTES—Concluded**

- 55.—Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81, s. 49(1),(2),(3),(4)..... 508  
*See: INTERPRETATION*
- 56.—Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, c. 84, s. 3..... 1083  
*See: LIMITATION OF ACTIONS*
- 57.—Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 8.... 41  
*See: CRIMINAL LAW*
- 58.—National Energy Board Act, R.S.C. 1970, c. N-6. 1004  
*See: CONSTITUTIONAL LAW*
- 59.—Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, c. 318, ss. 4(1),(6), 14a, 14d, as amended..... 202  
*See: CIVIL RIGHTS*
- 60.—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, s. 57..... 907  
*See: PATENTS*
- 61.—Petroleum Administration Act, 1974-75-76, (Can.), c. 47..... 1004  
*See: CONSTITUTIONAL LAW*
- 62.—Power Corporation Act, R.S.O. 1970, c. 354, ss. 7, 39, 58, 76, 82..... 347  
*See: RESTITUTION*
- 63.—Public Service Employee Relations Act, 1977 (Alta.), c. 40, ss. 9, 11, 48, 49, 89..... 923  
*See: LABOUR RELATIONS*
- 64.—Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1970, c. P-35, s. 79..... 696  
*See: LABOUR RELATIONS*
- 65.—Quebec Railway Act, R.S.Q. 1941, c. 291, s. 91.... 751  
*See: CIVIL LAW*
- 66.—Roads Act, R.S.Q. 1941, c. 141, s. 104..... 751  
*See: CIVIL LAW*
- 67.—Seal Fishery Act, R.S. Nfld. 1970, c. 347, s. 15.... 115  
*See: CONSTITUTIONAL LAW*
- 68.—Social Services and Education Tax Act, R.S.N.B. 1973, c. S-10, ss. 4, 5, 7, 8, 11.2..... 144  
*See: CONSTITUTIONAL LAW*
- 69.—Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 25(3)... 338  
*See: LABOUR RELATIONS*
- 70.—Workmen's Compensation Act, R.S.Q. 1977, c. A-3, s. 38(4)..... 1103  
*See: ADMINISTRATIVE LAW*

**TAXATION**

Income tax – Offences – Limitation of prosecutions – Minister's certificate – Injunction to prohibit filing certificate as

**TAXATION—Concluded**

evidence – Injunction denied – Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, s. 244(4) – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 18.

*FEE et al. v. BRADSHAW et al.*, 609.

**TORTS**

1. Passing-off – “Get-up” for product to acquire secondary meaning – Burden of plaintiff-appellant in a passing-off action – Facts not establishing secondary meaning.

*OXFORD PENDAFLEX CANADA LTD. v. KORR MARKETING LTD. et al.*, 494.

2. Negligent misrepresentation – Information sought and received from C.P.R. employee inaccurate – Work more substantial than indicated – Written contract excluding reliance on such information – Whether or not damages recoverable.

*CARMAN CONSTRUCTION LTD. v. CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. et al.*, 958.

**TRUSTS AND TRUSTEES**

Deed of donation and trust in favour of primary beneficiaries who did not exist when deed of donation and trust was made – Quebec trust of English inspiration – Acceptance of the trust – Ownership of the trust property – Deed of donation and trust in favour of secondary beneficiaries not a gift in contemplation of death – Civil Code, arts. 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 981l.

*ROYAL TRUST CO. v. TUCKER*, 250.

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Payments of vacation pay by employer into trust fund on behalf of employees – Appellant's trust benefits received while collecting unemployment insurance – Trust benefits allocated as earnings – Appellant's unemployment insurance benefits reduced – Whether payments from trust represented savings or vacation pay – Unemployment Insurance Regulations, SOR Cons. 1955, 2858, as amended, ss. 172(2), 173(1), (13),(14),(15),(16),(18) [currently C.R.C. 1978, c. 1576, ss. 57(2), 58(1),(13),(14),(15),(16),(18)].

*BRYDEN v. CANADA EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION*, 443.





# INDEX

## APPEL

1. Pratique – Autorisation d'appeler accordée – Appel censé abandonné – Permission pour une nouvelle audition accordée – Requêtes en prorogation du délai d'audition de l'appel et en réinscription de l'appel pour audition.

FEE et autre c. BRADSHAW et autres, 608.

2. Compétence – Cour suprême du Canada – Question de droit seulement – Erreurs du juge du procès constatées par la Cour d'appel – Rejet de l'appel parce qu'il n'y a eu ni tort important ni erreur judiciaire grave – L'application de cette disposition est-elle une pure question de droit? – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 613(1)b)(iii), 618.

MAHONEY C. LA REINE, 834.

3. Nouvelle preuve disponible après la déclaration de culpabilité – Critère de recevabilité d'une nouvelle preuve non satisfait – Appel contre l'ordonnance de nouveau procès.

R. c. BROWN, 859.

4. Pratique – Requête en modification de la minute du jugement déterminé – Règles de la Cour suprême du Canada, règle 46.

INNISFIL (MUNICIPALITÉ DU CANTON) C. MUNICIPALITÉ DU CANTON DE VESPRA et autres, 1107.

## ASSURANCE

1. Indemnisation – Clauses d'un contrat – Ces clauses ont-elles été respectées?

CONTINENTAL INSURANCE CO. C. DALTON CARTAGE CO. LTD. et autre, 164.

2. Preuve – Clause d'exclusion – Le fardeau de la preuve incombe à l'assureur – Prépondérance des probabilités.

CONTINENTAL INSURANCE CO. C. DALTON CARTAGE CO. LTD. et autre, 164.

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Versement de la paye de vacances par l'employeur à un fonds de fiducie au nom des employés – L'appelant a reçu le versement du fonds de fiducie alors qu'il touchait des prestations d'assurance-chômage – Versement du fonds de fiducie assimilé à une rémunération – Diminution des prestations d'assurance-chômage de l'appelant – Le versement du fonds de fiducie représente-t-il des épargnes ou une paye de vacances? – Règlement sur l'assurance-chômage, DORS Cod. 1955, 2858,

## ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

modifié, art. 172(2), 173(1),(13),(14),(15),(16),(18) [actuellement C.R.C. 1978, chap. 1576, art. 57(2), 58(1), (13),(14),(15),(16),(18)].

BRYDEN C. COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION DU CANADA, 443.

## BREVETS

Contrefaçon – Règlement par le breveté – Action en dommages-intérêts du titulaire d'une licence non exclusive contre un contrefacteur – Interprétation et application de l'art. 57 de la Loi sur les brevets – Rien ne distingue le titulaire d'une licence exclusive du titulaire d'une licence non exclusive – Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 57.

ARMSTRONG CORK CANADA C. DOMCO INDUSTRIES LTD., 907.

## CODE CIVIL

|  |     |
|--|-----|
| 1.—Articles 269, 290, 307, 1008, 1214, 1235, 1484, 1918, 1920, 1921..... | 751 |
| <i>Voir: DROIT CIVIL</i>   |     |
| 2.—Articles 283 (ancien), 290, 1484.....                                 | 751 |
| <i>Voir: DROIT CIVIL</i>   |     |
| 3.—Articles 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 981l.....                    | 250 |
| <i>Voir: FIDUCIES ET FIDUCIAIRES</i>                                     |     |
| 4.—Article 997.....  | 751 |
| <i>Voir: DROIT CIVIL</i>   |     |
| 5.—Articles 1053, 1054, 1055.....  | 452 |
| <i>Voir: RESPONSABILITÉ</i>  |     |
| 6.—Articles 2242, 2243.....  | 751 |
| <i>Voir: PROCÉDURE CIVILE</i>  |     |

## CODE DE PROCÉDURE CIVILE

|  |     |
|--|-----|
| 1.—Articles 2, 26, 482, 483.....   | 751 |
| <i>Voir: PROCÉDURE CIVILE</i>  |     |
| 2.—Articles 25, 26, 29.....  | 589 |
| <i>Voir: IMPÔT SUR LE REVENU</i>   |     |
| 3.—Article 26.....   | 605 |
| <i>Voir: IMPÔT SUR LE REVENU</i>   |     |
| 4.—Articles 569, 673, 688.....   | 988 |
| <i>Voir: FAILLITE</i>  |     |
| 5.—Articles 774 (ancien), 792 (ancien), 1355 (ancien), 1066v (ancien)..... | 751 |
| <i>Voir: DROIT CIVIL</i>   |     |

**CODE DE PROCÉDURE CIVILE—Fin**

- 6.—Article 846..... 974  
*Voir: DROIT ADMINISTRATIF*
- 7.—Article 846..... 974  
*Voir: MÉDECINS ET CHIRURGIENS*
- 8.—Article 846..... 1103  
*Voir: DROIT ADMINISTRATIF*

**CONTRATS**

1. Interprétation – Résiliation – Joueur de football retranscrit du club – Signature d'un contrat avec un autre club – Y a-t-il eu résiliation du premier contrat? – Le joueur peut-il, après l'effondrement du second club, toucher le salaire prévu au premier contrat?

BARTON C. AGINCOURT FOOTBALL ENTERPRISES LTD., 666.

2. Contrat de concession – Débenture et cautionnements personnels garantissant la dette de la société – Saisie de biens, y compris des biens personnels, sans préavis – Compromis réglant les difficultés financières – Action en dommages pour saisie illégale, pour disposition illégitime des biens de la société et pour les déclarations inexactes faites par négligence avant que les cautionnements personnels ne soient consentis.

LISTER (R.E.) LTD. *et autres* C. DUNLOP CANADA LTD., 726.

3. Garantie accessoire – Inexactitude des renseignements concernant le projet fournis par un employé du C.P. sur demande – Travaux plus importants qu'indiqué – Le contrat écrit empêche l'appelante de se fier à ces renseignements – Est-ce que des dommages-intérêts peuvent être recouverts pour violation d'une garantie accessoire?

CARMAN CONSTRUCTION LTD. C. COMPAGNIE DU CHEMIN DE FER CANADIEN DU PACIFIQUE *et autre*, 958.

**DOMMAGES-INTÉRÊTS**

Accident mortel – Action intentée par la veuve – Quantum – Principe de l'évaluation par l'emploi d'un multiplicateur – Probabilité de remariage – Déduction au titre des éventualités.

JANKE C. HOLZER, 281.

**DROIT ADMINISTRATIF**

1. Compétence – Office de stabilisation des prix agricoles – Subventions de stabilisation – Producteurs de pommes – L'Office a-t-il le pouvoir de fixer des limites maximales et minimales aux quantités ouvrant droit à la subvention? – Loi sur la stabilisation des prix agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-9, modifiée par 1974-75-76 (Can.), chap. 63, art. 2(1), 2(2), 4(5), 7, 8,

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

8.1, 8.2, 9, 10, 11 – Règlement sur la stabilisation du prix des pommes, DORS/76-518, art. 4, 5, 6.

JACOBS *et autres* C. OFFICE DE STABILISATION DES PRIX AGRICOLES, 125.

2. Enquête de la Commission des droits de la personne – Privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents – Opposition par affidavit – Rejet de l'opposition par la Commission – La Commission est-elle un tribunal au sens de l'art. 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale? – L'affidavit satisfait-il aux exigences de l'art. 41(2)? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 – Charte des droits et libertés de la personne, 1975 (Qué.), chap. 6, art. 6, 7, 9, 10, 11, 12.

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA *et autre*, 215.

3. Compétence du CRTC – Condition applicable au renouvellement de la licence – Contrôle des émissions – La condition est-elle soumise au pouvoir de réglementation? – Le CRTC a-t-il omis de donner adéquatement avis d'une condition particulière? – Membres du comité de direction participant à la décision relative au renouvellement – Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) – Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1974-75-76 (Can.), chap. 49, art. 12.

CRTC C. CTV TELEVISION NETWORK LTD. *et autres*, 530.

4. Compétence du CRTC – Condition applicable au renouvellement de la licence – Contrôle des émissions – La condition est-elle soumise au pouvoir de réglementation? – Le CRTC a-t-il omis de donner adéquatement avis d'une condition particulière? – Membres du comité de direction participant à la décision relative au renouvellement – Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4) – Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1974-75-76 (Can.), chap. 49, art. 12.

CTV TELEVISION NETWORK LTD. C. CRTC *et autres*, 530.

5. Contrôle judiciaire – Conseil canadien des relations du travail – Clause privative – Refus du syndicat de s'occuper du grief relatif au congédiement d'un employé à temps partiel – Décision du Conseil selon laquelle le refus du syndicat constitue un manquement à son obligation de représenter l'employé de façon juste – Ordonnance du Conseil d'aller directement à l'arbitrage – La décision du Conseil est-elle susceptible de révision? – Le Conseil a-t-il outrepassé sa compétence? – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 et modifications, art. 118p(vii), 121, 122, 136.1, 155, 187, 189 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28(1)a).

SYNDICAT DES CAMIONNEURS, SECTION LOCALE 938 C. MASSICOTTE *et autre*, 710.

6. Commission des affaires sociales – Compétence – Bref d'évocation – Hôpital restreignant les privilèges d'un médecin – Décision infirmée par la Commission – Non renouvellement étranger aux motifs prévus à la Loi – La Commission a-t-elle

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

excédé sa compétence? – Interprétation raisonnable de l'art. 92b de la Loi – Sens de l'expression «eu égard aux exigences propres au centre hospitalier» – Code de procédure civile, art. 846 – Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1971 (Qué.), chap. 48, modifiée par 1974 (Qué.), chap. 42, art. 92, 92a, 92b, 92c.

HÔPITAL ST-LUC C. LAFRANCE *et autres*, 974.

7. Bureau de révision de la Commission des accidents du travail – Éléments à considérer dans l'évaluation de la diminution de capacité de travail – Refus du Bureau de considérer certains éléments – Bref d'évocation – Code de procédure civile, art. 846 – Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3, art. 38(4).

COMMISSION DES ACCIDENTS DU TRAVAIL DU QUÉBEC C. VALADE, 1103.

**DROIT CIVIL**

1. Vente d'immeubles – Acquisition par tutrice des biens des pupilles par personne interposée – Vente subséquente à des tiers acquéreurs de bonne foi – Expropriation – Chaîne des titres viciée – Vice apparent – Vice opposable aux tiers – Jugement autorisant la confirmation d'actes annulables – Confirmation illégale – Ventes et jugement annulés – Code civil, art. 269, 290, 307, 1008, 1214, 1235, 1484, 1918, 1920, 1921 – Code de procédure civile, art. 774 (ancien), 792 (ancien), 1355 (ancien), 1066v (ancien) – Loi des chemins de fer de Québec, S.R.Q. 1941, chap. 291, art. 91 – Loi de la voirie, S.R.Q. 1941, chap. 141, art. 104.

DENIS-COSSETTE *et autres* C. GERMAIN *et autres*, 751.

2. Tutelle – Acquisition par tutrice des biens des pupilles par personne interposée – Remariage de la tutrice – Cessation de la tutelle – Tuteur de fait sujet aux mêmes incapacités que le tuteur de droit – Code civil, art. 283 (ancien), 290, 1484.

DENIS-COSSETTE *et autres* C. GERMAIN *et autres*, 751.

3. Cession – Consentement sous l'effet de la violence et de la crainte non établi – Crainte révérencielle – Code civil, art. 997.

DENIS-COSSETTE *et autres* C. GERMAIN *et autres*, 751.

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

1. Tribunaux – Compétence – Droit de la famille – Tutelle à la personne d'un enfant – Garde et droit de visite – Droit d'occupation de la résidence familiale – Ordonnances de ne pas entrer – Une loi provinciale attributive de compétence à la cour provinciale est-elle *ultra vires* en vertu de l'art. 96 de l'A.A.N.B.? – Acte de l'Amérique du Nord britannique, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 96 – Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 6(1)a), b), d), e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79.

RENVOI: FAMILY RELATIONS ACT (C.-B.), 62.

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

2. Conditions de l'Union de Terre-Neuve – Subsistance d'une loi de Terre-Neuve antérieure à la Confédération dans un domaine de compétence fédérale – Règlement fédéral en vigueur – Poursuite en vertu de la Loi provinciale – La loi fédérale a-t-elle privé d'effet la loi provinciale? – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949, S.R.C. 1970, Appendice II, clauses 3, 18(1),(2) – The Seal Fishery Act, R.S.Nfld. 1970, chap. 347, art. 15 – Règlement sur la protection des phoques, DORS/66-235, modifié, art. 24.

MOORE C. JOHNSON *et autres*, 115.

3. Droit fiscal – Taxe de vente provinciale – Distribution gratuite de catalogues – Dernier consommateur aux fins de la taxation – Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, chap. S-10, art. 4, 5, 7, 8, 11.2 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(2).

MINISTRE DES FINANCES DU NOUVEAU-BRUNSWICK *et autres* C. SIMPSONS-SEARS LTÉE, 144.

4. Privilège de la Couronne de ne pas divulguer des documents – Privilège invoqué dans l'intérêt de la sécurité nationale – L'article 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale est-il inopérant en raison de la Déclaration canadienne des droits? – Est-il *ultra-vires* du Parlement ou constitutionnellement inapplicable à un tribunal provincial? – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(14) – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 – Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art. 1b).

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA *et autres*, 215.

5. Taxation – Politique énergétique nationale – Ressource appartenant à une province – Compétence du Parlement pour imposer la taxe fédérale proposée sur le gaz naturel exporté par l'Alberta – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 91(2), (3), 108, 109, 117, 125 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 1 – Acte de l'Alberta, 1905 (Can.), chap. 3 (S.R.C. 1970, Appendice II), art. 20(1) – Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13 – Loi sur l'administration du pétrole, 1974-75-76, (Can.), chap. 47 – Loi sur l'Office national de l'énergie, S.R.C. 1970, chap. N-6 – Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI), C.R.C. 1978, chap. 1056.

RENVOI RELATIF À LA TAXE SUR LE GAZ NATUREL EXPORTÉ, 1004.

**DROIT CRIMINEL**

1. Rôle d'un tribunal d'appel – Accusation de voies de fait causant des lésions corporelles – Le juge du procès a omis de tenir compte des dépositions de quatre témoins – Le juge du procès a-t-il négligé de prendre en considération des témoignages se rapportant à la question pertinente? – Nouveau procès ordonné.

HARPER C. LA REINE, 2.

**DROIT CRIMINEL—Suite**

2. Preuve – Déclarations contraires à l'intérêt pénal – Oui-dire – Exception à la règle du oui-dire – Ces déclarations qui ont pour effet d'inculper l'accusé sont-elles recevables?

LUCIER C. LA REINE, 28.

3. Procès – Choix par l'accusé d'être jugé par un juge et un jury – Nouveau choix pour un procès devant un juge sans jury – L'omission de se conformer à la procédure relative au nouveau choix prive-t-elle la cour de sa compétence? – L'accusé peut-il renoncer à ce que soient respectées les règles de procédure de l'art. 492 du Code criminel? – L'accusé y a-t-il renoncé? La renonciation doit être claire et non équivoque – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 492.

KORPONAY C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 41.

4. Possession d'héroïne pour en faire le trafic – Le juge du procès n'a pas suivi la procédure établie par l'art. 8 de la Loi sur les stupéfiants – Erreur de droit – Absence de renonciation – Non-applicabilité de l'art. 613(1)b(iii) du Code criminel – Ordonnance portant nouveau procès – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 8 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)b(iii).

KORPONAY C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 41.

5. Appels – Questions de fait – Le juge du procès n'a commis aucune erreur donnant lieu à cassation.

STERNER *et autre* C. LA REINE, 172.

6. Violation d'une ordonnance de probation – Le greffier adjoint, et non le juge qui préside, a expliqué à l'accusé les art. 664(4) et 666 du Code – L'alinéa 663(4)c) a-t-il été observé? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 663(4).

STERNER C. VANDER KRACHT, 173.

7. Mandats de perquisition – Droit d'examiner les mandats de perquisition et les dénonciations sur lesquelles ils se fondent – Les «personnes concernées» sont-elles les seules à avoir accès aux documents ou le grand public y a-t-il également accès? – Y a-t-il un droit d'examiner le mandat de perquisition seulement après son exécution ou l'audition relative aux mandats de perquisition est-elle publique? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 443, 446.

PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE *et autre* C. MACINTYRE, 175.

8. Conduite en état de facultés affaiblies – Garde d'un véhicule – Absence de l'intention de conduire – Applicabilité de l'art. 237(1)a) à une accusation portée en vertu de l'art. 236 du Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié.

FORD C. LA REINE, 231.

9. Double déclaration de culpabilité pour le même acte – La seconde déclaration de culpabilité est-elle valide? – L'arrêt Quon s'applique-t-il encore? – L'article 21 s'applique-t-il à une accusation portée en vertu de l'art. 83? – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34 et modifications, art. 21, 83.

MCGUIGAN C. LA REINE, 284.

**DROIT CRIMINEL—Suite**

10. Abus de confiance par un fonctionnaire municipal – Actes de corruption dans les affaires municipales – Code criminel, art. 111, 112(1)f).

LEBLANC C. LA REINE, 344.

11. Abus de confiance par un fonctionnaire municipal – Actes de corruption dans les affaires municipales – Code criminel, art. 111, 112(1)(f).

LAMARCHE C. LA REINE, 345.

12. Pouvoirs de la cour d'appel – Dénonciation – Déclaration de culpabilité relative à la possession de biens obtenus par la perpétration d'un crime – Tentative de la poursuite de modifier la dénonciation en appel afin qu'elle soit conforme à la preuve – Distinction entre «obtenu par la perpétration d'un acte criminel» et «provenant directement ou indirectement de la perpétration d'un acte criminel» – Annulation de la déclaration de culpabilité et ordonnance de nouveau procès en fonction de la dénonciation modifiée – Une cour d'appel en matière criminelle peut-elle modifier la dénonciation? – Code criminel, art. 312(1)a), 610(3), 613(8).

R. C. GEAUVREAU, 485.

13. Complot en vue d'enfreindre une loi étrangère – L'acte d'accusation ne mentionne pas de loi étrangère – Autorisation de modifier refusée – Ordonnance de non-lieu pour absence de preuves à l'appui de l'acte d'accusation – Compétence de la Cour d'appel pour infirmer le verdict d'acquiescement et pour ordonner que le procès continue afin que la défense puisse citer des témoins ou clore sa preuve – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(1)d), (3), 613(4).

GUNN C. LA REINE, 522.

14. Caractère volontaire et recevabilité d'une confession – L'accusé a fait deux déclarations à deux mois d'intervalle – La première déclaration est jugée irrecevable – Recevabilité de la seconde déclaration.

HOBBS C. LA REINE, 553.

15. Complot de *common law* – Complot pour faire entrer des personnes illégalement aux États-Unis – Infraction connue en droit canadien – Présomption de territorialité de l'art. 423(3) du Code criminel – Dénonciation conforme aux exigences du Code criminel – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(2)a), 423(3) [modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 36] 463, 510, 512.

BOLDUC C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC *et autre*, 573.

16. Sentence – Cumul des sentences – Sens de l'expression «devant la même cour pendant la même session» – Pouvoir d'ordonner le cumul des sentences – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 645(4)a), 645(4)c), 649(1).

PAUL C. LA REINE, 621.

17. *Habeas corpus* – Début de sentence – Mandats d'incarcération – Sentences d'emprisonnement consécutives au

**DROIT CRIMINEL—Fin**

lieu de concurrentes – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 649(3),(4).

GOVETTE C. LA REINE, 688.

18. Perquisition et saisie – Fausse déclaration d'un requérant à l'aide juridique quant à ses revenus – Mandat délivré pour perquisitionner dans les bureaux de l'Aide juridique – Saisie de la formule de demande d'aide juridique – Privilège entre avocat et client – Droit à la confidentialité de son avocat – Droit qui se manifeste par une règle de fond et une règle de preuve (privilège) – Etendue du pouvoir d'un juge de paix d'autoriser un mandat de perquisition et de l'assortir de modalités – Etendue de ce pouvoir pour un bureau d'avocat – Code criminel, art. 443.

DESCÔTEAUX *et autre* C. MIERZWINSKI, 860.

19. Vol – Possession de biens volés – Doctrine de la possession de biens récemment volés – Absence de preuves quant à la date du vol – Caractère déraisonnable de la conclusion de fait du juge du procès concernant la date du vol – Exposé du juge au jury – Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit relativement au caractère récent? – Critères permettant d'établir le caractère récent de la possession – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 312(1).

SAIEVA C. LA REINE, 897.

20. Complot – Nécessité d'une preuve indiquant la participation de l'accusé à un complot pour que l'exception à la règle du ouï-dire puisse s'appliquer – Exposé au jury – Code criminel, art. 423(1d).

R. C. CARTER, 938.

21. Preuve – Ouï-dire – Exception à l'égard des conspirateurs – Nécessité d'une preuve indiquant la participation de l'accusé à un complot pour que l'exception à la règle du ouï-dire puisse s'appliquer.

R. C. CARTER, 938.

**DROIT FISCAL**

Impôt sur le revenu – Infractions – Prescription des poursuites – Certificat du Ministre – Injonction pour interdire le dépôt en preuve du certificat – Injonction refusée – Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 244(4) – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2, 18.

FEE *et autre* C. BRADSHAW *et autres*, 609.

**DROIT MATRIMONIAL**

1. Partage des biens – Exploitation commune d'une ferme – Terres agricoles reçues par voie de succession dont la femme a la propriété exclusive – Le mari n'a pas droit à un montant

**DROIT MATRIMONIAL—Fin**

équivalant à la moitié de l'augmentation de la valeur des terres par suite de l'inflation.

BEARD C. BEARD, 282.

2. Exécution réciproque des ordonnances alimentaires – Mise en question de la validité de l'ordonnance devant la cour qui l'exécute – La cour qui exécute l'ordonnance est-elle compétente pour déterminer la validité de cette ordonnance? – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 2, 11(1),(2), 15.

RUTTAN C. RUTTAN, 690.

**EXTRADITION**

Recevabilité de la preuve – Le juge d'extradition a conclu à l'irrecevabilité de dépositions faites en Italie par des personnes non assermentées – Recevabilité dans le cadre de procédures d'extradition au Canada de dépositions non faites sous serment – Traité d'extradition entre la Grande-Bretagne et l'Italie, 1873, (1873) 6 Gazette du Canada 1262 (N<sup>o</sup> 47, 23/5/1873), article XI – Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 3, 13, 16.

GOVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE D'ITALIE C. PIPERNO, 320.

**FAILLITE**

1. Pétition en faillite – Requête pour la nomination d'un séquestre intérimaire – La société en nom collectif est-elle «des particuliers» s'occupant exclusivement d'agriculture? – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2, 25, 28, 30.

LANGILLE *et autre* C. BANQUE TORONTO-DOMINION, 34.

2. Saisie immobilière antérieure à la faillite – Vente en justice faite après la faillite mais avant la production d'une copie de la cession – Adjudicataire de bonne foi – Modalités pour suspendre la vente ou mettre fin aux procédures du shérif non suivies – L'article 51 de la Loi sur la faillite est-il applicable aux ventes en justice postérieures à la faillite? – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 50, 51, 52, 53 – Code de procédure civile, art. 569, 673, 688.

GOBEL C. CIE H. FORTIER *et autres*, 988.

**FIDUCIES ET FIDUCIAIRES**

Donation fiduciaire en faveur de bénéficiaires de premier rang inexistantes lors de la création de la donation – Fiducie québécoise d'inspiration anglaise – Acceptation de la fiducie – Propriété des biens transportés en fiducie – Donation fiduciaire en faveur des bénéficiaires de deuxième rang ne constituant pas une donation à cause de mort – Code civil, art. 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 981i.

ROYAL TRUST CO. C. TUCKER, 250.

## IMPÔT SUR LE REVENU

1. Autorisation du ministre du Revenu national d'entrer, de chercher et de saisir – Agrément donné par un juge de la Cour supérieure – Aucun droit d'appel de l'agrément à la Cour d'appel – Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 231(4),(5) – Code de procédure civile, art. 25, 26, 29.

GOODMAN C. ROMPKY *et autre*, 589.

2. Autorisation du ministre du Revenu national d'entrer, de chercher et de saisir – Agrément donné par un juge de la Cour supérieure – Aucun droit d'appel de l'agrément à la Cour d'appel – Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 231(4),(5) – Code de procédure civile, art. 26.

EQUIPEMENTS ROBCO INC. *et autres* c. MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 605.

## INDIENS

Cession de terres indiennes – Ratification nécessaire.

CARDINAL *et autres* c. LA REINE, 508.

## INJONCTION

Impôt sur le revenu – Infractions – Injonction pour interdire le dépôt en preuve du certificat du Ministre – Compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale – Injonction refusée – Aucun recours en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2, 18 – Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 244(4).

FEE *et autre* c. BRADSHAW *et autres*, 609.

## INTERPRÉTATION

1. Loi des sauvages – Ratification nécessaire à la cession valide de terres indiennes – Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81, art. 49(1),(2),(3),(4).

CARDINAL *et autres* c. LA REINE, 508.

2. Interprétation d'une loi pénale – Peines cumulatives – Historique législatif – Interprétation exceptionnelle – Nécessité d'éviter des résultats absurdes – Aucun sens n'est donné aux mots «pendant la même session» – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 645(4)a), 645(4)c).

PAUL c. LA REINE, 621.

## LÉGISLATION

Interprétation – Règlement habitant les citoyens canadiens à faire des réclamations auprès de la Commission des réclamations étrangères – Définition des mots «citoyen canadien» – Impossibilité d'interpréter le règlement en se reportant à

## LÉGISLATION — Fin

des documents extrinsèques – Règlement concernant la liquidation des réclamations étrangères (Tchécoslovaquie), DORS/73-681, art. 2, 4, 7 – Loi des subsides n<sup>o</sup> 9 de 1966, 1966-67 (Can.), chap. 55, crédit 22a.

SCHAVERNOCH C. COMMISSION DES RÉCLAMATIONS ÉTRANGÈRES *et autres*, 1092.

## LIBERTÉS PUBLIQUES

Prétendue mesure discriminatoire fondée sur l'âge – Pompiers congédiés à l'âge de 60 ans conformément à la convention collective – La retraite obligatoire est-elle une exigence professionnelle réelle? – The Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, chap. 318, art. 4(1),(6), 14a, 14d, et modifications.

COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE *et autres* c. MUNICIPALITÉ D'ETOBICOKE, 202.

## LOIS

- |  |      |
|--|------|
| 1.—Acte de l'Alberta, 1905 (Can.), chap. 3 (S.R.C. 1970, Appendice II), art. 20(1).....                                    | 1004 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>   |      |
| 2.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 96.....   | 62   |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>   |      |
| 3.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949, S.R.C. 1970, Appendice II, clauses 3, 18(1),(2).....                      | 115  |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>   |      |
| 4.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(2).....   | 144  |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>   |      |
| 5.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 92(14).....  | 215  |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>   |      |
| 6.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 91(2),(3), 108, 109, 117, 125.....        | 1004 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>   |      |
| 7.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, S.R.C. 1970, Appendice II, art. 1.....                                    | 1004 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>   |      |
| 8.—Charte des droits et libertés de la personne, 1975 (Qué.), chap. 6, art. 6, 7, 9, 10, 11, 12.....                       | 215  |
| <i>Voir: DROIT ADMINISTRATIF</i>   |      |
| 9.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 et modifications, art. 118p)(vii), 121, 122, 136.1, 155, 187, 189..... | 710  |
| <i>Voir: DROIT ADMINISTRATIF</i>   |      |
| 10.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 492.....  | 41   |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |      |

## LOIS—Suite

|  |     |
|--|-----|
| 11.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1b)(iii).....   | 41  |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 12.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 663(4).....   | 173 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 13.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 443, 446.....   | 175 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 14.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié, art. 236, 237(1a).....  | 231 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 15.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34 et modifications art. 21, 83.....  | 284 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 16.—Code criminel, art. 111, 112(1f).....  | 344 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 17.—Code criminel, art. 111, 112(1)(f).....  | 345 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 18.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.2, 178.16, 446.....   | 414 |
| <i>Voir: PREUVE</i>  |     |
| 19.—Code criminel, art. 312(1a), 610(3), 613(8).....   | 485 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 20.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(1d), (3), 613(4).....   | 522 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 21.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(2)a, 423(3) [modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 36] 463, 510, 512..... | 573 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 22.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 613(1b)(iii), 618.....   | 834 |
| <i>Voir: APPEL</i>   |     |
| 23.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 645(4)a, 645(4)c, 649(1).....   | 621 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 24.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 645(4)a, 645(4)c).....  | 621 |
| <i>Voir: INTERPRÉTATION</i>  |     |
| 25.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 649(3), (4).....  | 688 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 26.—Code criminel, art. 443.....   | 860 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 27.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 312(1).....  | 897 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 28.—Code criminel, art. 423(1d).....   | 938 |
| <i>Voir: DROIT CRIMINEL</i>  |     |
| 29.—Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, chap. 88, art. 7.....  | 559 |
| <i>Voir: VALEURS MOBILIÈRES</i>  |     |

## LOIS—Suite

|   |      |
|---|------|
| 30.—Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, App. III, art. 1b).....   | 215  |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>  |      |
| 31.—Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, chap. 121, art. 6(1a), b), d), e), 23, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 52, 77, 78, 79..... | 62   |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>  |      |
| 32.—Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, chap. 84, art. 3.....   | 1083 |
| <i>Voir: PRESCRIPTION</i>   |      |
| 33.—Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 231(4),(5).....   | 589  |
| <i>Voir: IMPÔT SUR LE REVENU</i>  |      |
| 34.—Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 231(4),(5).....   | 605  |
| <i>Voir: IMPÔT SUR LE REVENU</i>  |      |
| 35.—Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 244(4).....   | 609  |
| <i>Voir: DROIT FISCAL</i>   |      |
| 36.—Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 244(4).....   | 609  |
| <i>Voir: INJONCTION</i>   |      |
| 37.—Loi de la voirie, S.R.Q. 1941, chap. 141, art. 104.....   | 751  |
| <i>Voir: DROIT CIVIL</i>  |      |
| 38.—Loi des chemins de fer de Québec, S.R.Q. 1941, chap. 291, art. 91.....  | 751  |
| <i>Voir: DROIT CIVIL</i>  |      |
| 39.—Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81, art. 49(1),(2),(3),(4).....  | 508  |
| <i>Voir: INTERPRÉTATION</i>   |      |
| 40.—Loi des subsides n° 9 de 1966, 1966-67 (Can.), chap. 55, crédit 22a.....  | 1092 |
| <i>Voir: LÉGISLATION</i>  |      |
| 41.—Loi sur l'administration du pétrole, 1974-75-76, (Can.), chap. 47.....  | 1004 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>  |      |
| 42.—Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, chap. E-21, art. 3, 13, 16.....   | 320  |
| <i>Voir: EXTRADITION</i>  |      |
| 43.—Loi sur l'Office national de l'énergie, S.R.C. 1970, chap. N-6.....   | 1004 |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>  |      |
| 44.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2° Supp.), chap. 10, art. 41.....  | 215  |
| <i>Voir: DROIT ADMINISTRATIF</i>  |      |
| 45.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2° Supp.), chap. 10, art. 41.....  | 215  |
| <i>Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL</i>  |      |
| 46.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2° Supp.), chap. 10, art. 18, 28.....  | 320  |
| <i>Voir: MANDAMUS</i>   |      |
| 47.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2° Supp.), chap. 10, art. 2, 18.....   | 609  |
| <i>Voir: DROIT FISCAL</i>   |      |



## LOIS—Suite

- 48.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 2, 18. .... 609  
*Voir: INJONCTION*
- 49.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28(1)a)..... 710  
*Voir: DROIT ADMINISTRATIF*
- 50.—Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 2, 25, 28, 30. .... 34  
*Voir: FAILLITE*
- 51.—Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 75. 559  
*Voir: VALEURS MOBILIÈRES*
- 52.—Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 50, 51, 52, 53..... 988  
*Voir: FAILLITE*
- 53.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 43, 47. .... 414  
*Voir: PREUVE*
- 54.—Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3, 12, 15, 16, 17(1), 19(3), 19(4)..... 530  
*Voir: DROIT ADMINISTRATIF*
- 55.—Loi sur la stabilisation des prix agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-9, modifiée par 1974-75-76 (Can.), chap. 63, art. 2(1), 2(2), 4(5), 7, 8, 8.1, 8.2, 9, 10, 11. .... 125  
*Voir: DROIT ADMINISTRATIF*
- 56.—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13. 1004  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 57.—Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation, L.R.N.-B. 1973, chap. S-10, art. 4, 5, 7, 8, 11.2.... 144  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 58.—Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 1974-75-76 (Can.), chap. 49, art. 12..... 530  
*Voir: DROIT ADMINISTRATIF*
- 59.—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8, art. 2, 11(1),(2), 15. .... 690  
*Voir: DROIT MATRIMONIAL*
- 60.—Loi sur les accidents du travail, L.R.Q. 1977, chap. A-3, art. 38(4)..... 1103  
*Voir: DROIT ADMINISTRATIF*
- 61.—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 57. .... 907  
*Voir: BREVETS*
- 62.—Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35, art. 79. .... 696  
*Voir: RELATIONS DE TRAVAIL*
- 63.—Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1971 (Qué.), chap. 48, modifiée par 1974 (Qué.), chap. 42, art. 92, 92a, 92b, 92c. .... 974  
*Voir: DROIT ADMINISTRATIF*

## LOIS—Fin

- 64.—Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1971 (Qué.), chap. 48, modifiée par 1974 (Qué.), chap. 42, art. 92, 92a, 92b, 92c. .... 974  
*Voir: MÉDECINS ET CHIRURGIENS*
- 65.—Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 8. .... 41  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 66.—Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1970, chap. 318, art. 4(1),(6), 14a, 14d, et modifications..... 202  
*Voir: LIBERTÉS PUBLIQUES*
- 67.—Power Corporation Act, R.S.O. 1970, chap. 354, art. 7, 39, 58, 76, 82. .... 347  
*Voir: RESTITUTION*
- 68.—Public Service Employee Relations Act, 1977 (Alta.), chap. 40, art. 9, 11, 48, 49, 89. .... 923  
*Voir: RELATIONS DE TRAVAIL*
- 69.—Seal Fishery Act, R.S.Nfld. 1970, chap. 347, art. 15. .... 115  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 70.—Trade Union Act, R.S.S. 1978, chap. T-17, art. 25(3)..... 338  
*Voir: RELATIONS DE TRAVAIL*

## MANDAMUS

1. Procédures d'extradition contre un citoyen italien – Le juge d'extradition conclut à l'irrecevabilité de dépositions faites en Italie par des personnes non assermentées – Y a-t-il lieu à *mandamus* pour exiger que les dépositions soient reçues? – Existe-t-il un autre recours? – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 18, 28.

GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE D'ITALIE C. PIPERNO, 320.

2. Enquête préliminaire – Requête en cassation de l'acte d'accusation accueillie par le juge de paix – Erreur de droit équivalant à un refus d'exercer sa juridiction – Ouverture à *mandamus*.

BOLDUC C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC *et autre*, 573.

## MÉDECINS ET CHIRURGIENS

Hôpital – Non renouvellement de privilèges – Non renouvellement étranger aux motifs prévus à la Loi – Code de procédure civile, art. 846 – Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1971 (Qué.), chap. 48, modifiée par 1974 (Qué.), chap. 42, art. 92, 92a, 92b, 92c.

HÔPITAL ST-LUC C. LAFRANCE *et autre*, 974.

**OUTRAGE AU TRIBUNAL**

Accusations d'attentat à la pudeur – Impartialité du juge du procès mise en doute – Déclarations de l'accusé à l'audience ne constituant pas un outrage au tribunal – Non respect de la procédure de l'outrage au tribunal.

FLAMAND C. LA REINE, 337.

**POLICE**

Arbitrage – Compétence – Congédiement au cours du stage – Les conditions de travail autres que celles régies par les règlements peuvent être négociées – La convention collective exige un motif raisonnable de congédiement – Règlement qui régit le congédiement des policiers stagiaires – Compétence de l'arbitre à entendre le grief.

METRO-TORONTO POLICE ASSOCIATION C. METRO-TORONTO BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE, 451.

**PRATIQUE**

1. Requête en radiation – La déclaration est-elle scandaleuse, futile et vexatoire et ne révèle-t-elle aucune réclamation valable? – Règles de la Cour suprême du Yukon, règle 24a),b).

HANSON *et autre* C. JOHNSON *et autres*, 619.

2. Pourvoi ajourné – Aucun mémoire n'a été déposé – L'intimé n'a pas comparu et ne s'est pas fait représenter par avocat – Nomination d'un *amicus curiae*.

R. C. CARTER, 937.

**PRESCRIPTION**

Action en recouvrement contre les cofidésseurs – Date à laquelle le droit d'action en contribution contre les cofidésseurs prend naissance – The Limitation of Actions Act, R.S.S. 1965, chap. 84, art. 3.

HAWRISH C. PETERS *et autres*, 1083.

**PREUVE**

1. Commission rogatoire – Impôts américains – Production d'une preuve écrite au Canada – Preuve écrite non accessoire à un témoignage oral – La preuve écrite est-elle seule assujettie à l'art. 43 de la Loi sur la preuve au Canada – Recevabilité, lors d'une audition en vertu de l'art. 43, de conversations téléphoniques interceptées illégalement – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 43, 47 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.2, 178.16, 446.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. ROYAL AMERICAN SHOWS, INC. *et autres*, 414.

2. Commission rogatoire – Impôts américains – Production d'une preuve écrite au Canada – Preuve écrite non accessoire à

**PREUVE—Fin**

un témoignage oral – La preuve écrite est-elle seule assujettie à l'art. 43 de la Loi sur la preuve au Canada – Recevabilité, lors d'une audition en vertu de l'art. 43, de conversations téléphoniques interceptées illégalement – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 43, 47 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.2, 178.16, 446.

UNITED STATES DISTRICT COURT, MIDDLE DISTRICT OF FLORIDA C. ROYAL AMERICAN SHOWS, INC. *et autres*, 414.

3. Corroboration – Complices – Exposé au jury – Le juge du procès est-il tenu, en droit, de signaler au jury le danger que représente le témoignage non corroboré d'un complice? – Le juge du procès doit-il définir ce qu'est la corroboration et analyser les dépositions à cet égard?

VETROVEC C. LA REINE, 811.

4. Privilège entre avocat et client – Fausse déclaration d'un requérant à l'aide juridique quant à ses revenus – Saisie de la formule de demande d'aide juridique – Les renseignements fournis par le requérant sont-ils privilégiés? – Moment où prend naissance la relation avocat-client.

DESCÔTEAUX *et autre* C. MIERZWINSKI, 860.

5. Recevabilité – Preuve d'actes similaires – Recevabilité de la preuve quant aux incidents n'ayant pas de rapport direct avec l'accusé.

SWEITZER C. LA REINE, 949.

**PROCÉDURE CIVILE**

Action directe en nullité – Jugement autorisant la confirmation d'actes annulables – Confirmation illégale – Jugement de juridiction gracieuse – Chose jugée – Délai pour intenter l'action – Code de procédure civile, art. 2, 26, 482, 483 – Code civil, art. 2242, 2243.

DENIS-COSSETTE *et autres* C. GERMAIN *et autres*, 751.

**RELATIONS DE TRAVAIL**

1. Arbitrage – Congédiement – La convention collective permet la réintégration avec rémunération dans les cas de congédiement injuste – Sévérité de la sanction par rapport à l'infraction – Pouvoir du conseil d'ordonner la réintégration mais sans rémunération – The Trade Union Act, R.S.S. 1978, chap. T-17, art. 25(3).

DAIRY PRODUCERS CO-OPERATIVE LTD. DE PRINCE ALBERT C. LYONS, 338.

2. Fonction publique – Employés désignés – Nature et étendue de l'obligation imposée à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique par l'art.79 de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique – La Commission a-t-elle commis une erreur? – Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-35, art.79.

A.C.C.T.A. C. LA REINE, 696.

## RELATIONS DE TRAVAIL—Fin

3. Arbitrage d'articles à incorporer dans la première convention collective – Conclusion de The Public Service Employee Relations Board selon laquelle la Loi exclut certains articles de l'arbitrage – Appel à l'encontre de la décision de la Cour ayant révisé la décision de la Commission – La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'exclure certains articles de la compétence du conseil d'arbitrage? – The Public Service Employee Relations Act, 1977 (Alta.), chap. 40, art. 9, 11, 48, 49, 89.

ALBERTA UNION OF PROVINCIAL EMPLOYEES, SECTION 63 EDMONTON *et autre* c. CONSEIL D'ADMINISTRATION DE OLDS COLLEGE, 923.

## RESPONSABILITÉ

Chute d'une fillette par la fenêtre d'un hôtel – Fonction d'un moustiquaire – Calorifère devant la fenêtre piège ou danger apparent – Présomption de l'art. 1054 C.c. – Particularités de l'art. 1055 C.c. – Erreur d'invoquer en droit civil les catégories d'*invitee*, *licensee* et *trespasser* de la *common law* – Rôle d'une cour d'appel – Code civil, art. 1053, 1054, 1055.

RUBIS C. GRAY ROCKS INN LTD., 452.

## RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

1. *Passing-off* – La «présentation» d'un produit doit lui conférer une notoriété propre – Obligation qui incombe à un demandeur dans une action en *passing-off* – Les faits n'établissent pas l'existence d'une notoriété propre.

OXFORD PENDAFLEX CANADA LTD. c. KORR MARKETING LTD. *et autres*, 494.

2. Déclaration inexacte faite par négligence – Inexactitude des renseignements fournis par un employé du C.P. sur demande – Travaux plus importants qu'indiqué – Le contrat écrit empêche l'entrepreneur de se fier à ce renseignement – Est-ce que des dommages-intérêts peuvent être recouvrés?

CARMAN CONSTRUCTION LTD. c. COMPAGNIE DU CHEMIN DE FER CANADIEN DU PACIFIQUE *et autre*, 958.

## RESTITUTION

Erreur de droit – Enrichissement sans cause dû à une conception erronée du droit – Remboursement demandé – Les sommes payées sont-elles recouvrables? – The Power Corporation Act, R.S.O. 1970, chap. 354, art. 7, 39, 58, 76, 82.

HYDRO ELECTRIC COMMISSION OF NEPEAN c. ONTARIO HYDRO, 347.

## TITRES DE PROPRIÉTÉ

Possession acquisitive – Le demandeur a utilisé occasionnellement le bien-fonds pendant plusieurs années – Le titre de l'intimé est-il éteint?

PITRE *et autre* c. ROBINSON, 283.

## TRIBUNAUX

1. Pouvoir du tribunal d'appel concernant les constatations de fait – Le juge qui a entendu l'affaire en première instance a pris sa retraite avant de rendre jugement – Jugement rendu par un autre juge qui s'est fondé sur la transcription – Aptitude de la Cour d'appel à examiner les témoignages par rapport à celle du juge qui rend le jugement.

PITRE *et autre* c. ROBINSON, 283.

2. Pratique – Abandon de l'appel pour cause de retard – Règles de la Cour suprême du Canada, art. 59.

FEE *et autre* c. BRADSHAW *et autres*, 607.

## VALEURS MOBILIÈRES

Débeture – Dépôt d'une pétition en faillite avant l'enregistrement – Créances privilégiées – Effet de l'art. 75 de la Loi sur la faillite – L'enregistrement hors délai de la débeture doit-il être autorisé? – The Corporation Securities Registration Act, R.S.O. 1970, chap. 88, art. 7 – Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, chap. B-3, art. 75.

HALPENNY (SUCCESSION) c. PADDON, 559.



*If undelivered, return COVER ONLY to  
Canadian Government Publishing Centre,  
Supply and Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9*

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à  
Centre d'édition du gouvernement du Canada,  
Approvisionnement et Services Canada,  
Ottawa, Canada, K1A 0S9*